

**SYLVIO LOURENÇO DA SILVEIRA FILHO**

**O PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:  
(RE)DISCUSSÃO DO *LOCUS* DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS**

**CURITIBA**

**2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO**

**O PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:  
(RE)DISCUSSÃO DO *LOCUS* DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS**

Dissertação apresentada pelo mestrando Sylvio Lourenço da Silveira Filho ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

**CURITIBA**

**2011**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

SYLVIO LOURENÇO DA SILVEIRA FILHO

O PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:  
(RE)DISCUSSÃO DO *LOCUS* DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS

**Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:**

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Universidade Federal do Paraná

Membro: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Membro: Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa  
Universidade Federal de Santa Catarina

Curitiba, 29 de abril de 2011.

Para Costanthia:

*“Assim como o oceano  
Só é belo com luar  
Assim como a canção  
Só tem razão se se cantar  
Assim como uma nuvem  
Só acontece se chover  
Assim como o poeta  
Só é grande se sofrer  
Assim como viver  
Sem ter amor não é viver  
Não há você sem mim  
Eu não existo sem você”.*  
(Vinicius de Moraes)

## AGRADECIMENTOS

À memória do meu pai e da minha mãe, com a saudade de sempre, o agradecimento pela vida, pela educação e pelos incansáveis esforços e estímulos propiciados. A vida não tem sentido sem um grande amor, e aí está o lugar da Costanthia. Nada seria possível sem minha irmã Sylvia e meu cunhado Eduardo, meu irmão Wallace e meus sobrinhos Kadu e Victoria. Ao casal Juca e Isabel, a quem sou (e)ternamente grato pela amizade e por cuidarem da minha família. Ao meu tio Antonio, que se não cansa de demonstrar afeto, apesar da distância. Agradeço, também, ao Ioannis, a Ana Maria e toda família Nicou, pelo carinho.

Ao querido orientador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela aceitação da aventura. Muito obrigado pela amizade e pela excepcional orientação, apontando os caminhos e as *faltas*, sempre aí, movendo a engrenagem.

A minha imensa gratidão aos professores componentes da banca, Aury Lopes Jr e Alexandre Moraes da Rosa que, para além da referência teórica, são pessoas fora de série.

Aos grandes amigos de caminhada: Amilton Bueno de Carvalho, Clara Maria Roman Borges, Érica de Oliveira Hartmann, Fábio da Silva Bozza, Flávio Bortolozzi Jr., Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Jr., Geraldo Prado, Gustavo Juruena Eidt, João Rafael de Oliveira, Julio Cesar Cardoso Silva, Luiz Antonio Câmara, Marco Antonio Lima Berberi, Marco Aurélio Marrafon, Marco Aurélio Nunes da Silveira, Priscilla Placha Sá e Rubens R. R. Casara, sempre possibilitando uma fecunda interlocução, que muito auxiliou na elaboração do presente trabalho.

Por fim, não poderia deixar de render minhas sinceras homenagens e agradecimentos ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, especialmente nas figuras dos Professores Abili Lázaro Castro de Lima, Celso Ludwig, Cesar Serbena, Juarez Cirino dos Santos, Katie Cilene Cáceres Argüelo, Ricardo Marcelo Fonseca e também a todo o corpo de servidores, de forma especial a Sandra, a Laura e a Fátima.

*“A linguagem está aí. É um emergente. Agora que emergiu, jamais saberemos quando, nem como começou, nem como era antes que fosse”.*

(Jacques LACAN)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. A ESTRUTURA DO PROCESSO PENAL: OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS .....</b>	<b>3</b>
<b>Seção I. Conceito de Sistema.....</b>	<b>3</b>
<b>Seção II. O Critério da Gestão da Prova e a Falácia do Sistema Misto .....</b>	<b>5</b>
<b>Seção III. Sistemas Processuais Penais: Conceito, Características e Breve Histórico.....</b>	<b>10</b>
§ 1 – Sistema Acusatório .....	10
§ 2 – Sistema Inquisitório .....	20
§ 3 – Modelo Napoleônico ou Reformado de Processo Penal .....	38
<b>CAPÍTULO II. A TRILOGIA ESTRUTURAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL E AS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO .....</b>	<b>44</b>
<b>Seção I. A Trilogia Estrutural do Direito Processual Penal: A Noção de Ação, de Jurisdição e de Processo. ....</b>	<b>44</b>
<b>Seção II. As Principais Teorias do Processo.....</b>	<b>50</b>
§ 1. Teoria do Processo como Relação Jurídica.....	50
§ 2. Teoria do Processo como Situação Jurídica.....	59
§ 3. Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório.....	70
<b>CAPÍTULO III. EM BUSCA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO: A (RE)VALORIZAÇÃO DA NOÇÃO DE PARTE NO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>85</b>
<b>Seção I. A Impropriedade da Teoria Geral do Processo: Necessidade de Respeito às Categorias Jurídicas Próprias do Direito Processual Penal. Crítica aos Aportes Teóricos da Escola Instrumentalista do Processo e sua Legitimação ao Sistema Processual Penal Inquisitório .....</b>	<b>85</b>
<b>Seção II. Articulando as Propostas de Resistência: a Teoria do Garantismo Penal (Ferrajoli) com o Critério Ético Material (Dussel).....</b>	<b>103</b>
<b>Seção III. Os Sujeitos (Processuais) Situados desde a Filosofia: O Paradigma do Ser e da Consciência, o Linguist Turn, a Ética da Libertação e a Psicanálise. A Co-Construção da Decisão Penal: a Bricolage de Significantes e a Importância das Partes na Efetivação do Sistema Processual Penal Acusatório. ....</b>	<b>113</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>131</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>134</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho lança um olhar crítico sobre aquele pensamento majoritário que compreende o processo penal (ainda) arraigado na concepção da *teoria da relação jurídica*, bem como a correlata visão em torno dos *sujeitos processuais* demarcada pelas *posições de fundo metafísico*.

A investigação parte do estudo da espinha dorsal do processo penal sob o aspecto da sua estrutura e da sua função. Como anota Eduardo COUTURE: “o problema da estrutura consiste em saber *o que é o processo*; o problema da função consiste em saber *para que serve o processo*”<sup>1</sup>, ou, como resumidamente questiona Aury LOPES JR, “processo penal para quê(m)?”<sup>2</sup>. Aqui, trata-se, em último termo, de uma *opção política*, que se coloca na escolha entre: a) um processo penal que sirva e possa ser empregado como *meio de controle social ou de opressão*, tal como pensado e colocado em marcha por diversos regimes autoritários historicamente conhecidos, que consolidaram práticas perversas, alheias e opostas ao respeito à dignidade humana; ou b) um processo que sirva de *último bastião da liberdade na tutela dos direitos e garantias fundamentais* e que se desenvolva com o devido controle do poder e possibilite a máxima eficácia deles.

Na direção desta última opção, será desenvolvido, no primeiro capítulo, o estudo dos sistemas processuais penais, expondo-se, antes, a devida compreensão em torno do conceito de *sistema* desde a mirada da *arquitetônica* kantiana para, em seguida, estabelecer os tipos de sistemas processuais penais historicamente conhecidos na sua forma *pura*: o *sistema acusatório*, regido pelo *princípio dispositivo* e o *sistema inquisitório*, regido pelo *princípio inquisitivo*. Neste passo, será demonstrado que o critério da separação entre as atividades de acusar e julgar não é apto a distinguir um sistema do outro, apontando que é o critério da *gestão da prova* adequado a esse fim, e ainda, denunciando a fraude que gira em torno do *sistema napoleônico*, *reformado* ou *misto* ser encarado como um terceiro sistema, recepcionado ao lado do acusatório e do inquisitório.

No segundo capítulo, após situar o *processo* como parte da *trilogia estrutural do direito processual penal* (ao lado da *ação* e da *jurisdição*), serão expostos os

---

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 47. [Tradução livre do original: “(...) el problema de la estructura consiste en saber *qué es el proceso*; el problema de la función consiste en saber *para qué sirve el proceso*”].

<sup>2</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2010, p. 01.



paradigmas teóricos que buscaram empreender a explicação do processo a partir do campo jurídico, tendo em vista as teorias mais difundidas: o *processo como relação jurídica*, o *processo como situação jurídica* e o *processo como procedimento em contraditório*.

No terceiro e último capítulo, o foco se dirigirá para uma crítica à *teoria geral do processo* e às concepções ligadas à *escola instrumentalista do processo*, que buscam nele – processo – escopos *metajurídicos*, conforme uma visão *publicista*. No lugar da legitimação dos poderes instrutórios do juiz (e consequentemente do sistema inquisitório), da satisfação dos *ideários neoliberais* e da enorme abertura de espaço ao ativismo judicial presentes nas ideias defendidas pela *escola instrumentalista*, propõe-se a articulação do *garantismo penal* com o princípio material universal *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*. Será trabalhada, também de forma crítica, aquelas posturas que crêem na possibilidade de um *sentido totalitário* no processo penal, com especial ênfase no modo como os sujeitos processuais ainda são tratados pela doutrina tradicional, ou seja, a partir de *posições de fundo metafísico*, conforme a *relação sujeito-objeto*. Propugnar-se-á, por outro lado, uma (re)leitura do Direito – e, em consequência, do Direito Processual Penal – a partir do *linguist turn*, que reconhece a singularidade do ser humano na linguagem: a relação aí não é mais *sujeito-objeto*, porém *sujeito-sujeito*, destacando-se a importância da *filosofia da libertação* e o critério *ético material vida, condições de produção, reprodução e desenvolvimento*, como princípio ético de orientação do ato interpretativo. Além disso, o estudo dos sujeitos processuais passará pela leitura da psicanálise, encarando-os também como *sujeitos do desejo*.

Ao final, mesmo reconhecendo os méritos da *teoria da situação jurídica*, apontar-se-á na direção da *teoria do processo como procedimento em contraditório* como um fundamento factível na imperiosa revalorização do *locus* dos sujeitos processuais (cada um no seu devido lugar!), com especial ênfase na importância do papel das partes e na noção de *contraditório* no processo penal, ou seja, aponta-se na direção da efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, o que possibilitará ao julgador, na via intersubjetiva, apurar o melhor argumento, promovendo a abertura para que as partes *abalem suas crenças* (conscientes e inconscientes) antes da decisão final – compreendida desde a noção de *bricolage* de significantes.

## CAPÍTULO I. A ESTRUTURA DO PROCESSO PENAL: OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

### Seção I. Conceito de Sistema

A doutrina processual penal brasileira, em sua grande maioria, ao discorrer sobre os sistemas processuais penais não explicita o conceito de *sistema* que informa a correlata análise. Antes, é preciso se reconheça que o *monólogo jurídico* não dá conta desse conceito, de modo que é necessário buscá-lo na filosofia; e dentre os vários significantes em torno do conceito de sistema, entende-se mais adequada aquela visão estruturada por KANT<sup>3</sup>.

Conforme explicita Mario LOSANO, na noção kantiana “o sistema recebe um duplo esclarecimento: o sistema é o ideal para o qual deve tender toda ciência; o sistema é o conjunto de proposições deduzidas de um *único* princípio”<sup>4</sup>. A partir da formulação de uma *arquitetônica* – entendida como a *arte dos sistemas*<sup>5</sup> – KANT afirma que a noção de sistema pode ser compreendida “como a unidade dos conhecimentos múltiplos sob uma idéia”<sup>6</sup>. Tendo em vista este último aspecto, a existência de um sistema é marcada pela identificação da afinidade das partes e sua derivação “a partir de um único fim supremo e interno que primeiramente torna possível o todo”.<sup>7</sup>

Nota-se, portanto, que a noção kantiana de sistema é fundamentada na *unidade de princípio*<sup>8</sup> – elemento linguístico com elevadíssimo grau de abstração<sup>9</sup> –,

---

<sup>3</sup> Como salientado por CANARIS, “sobre o conceito geral de sistema deveria dominar – com múltiplas divergências em aspectos específicos – no fundamental, uma concordância: é ainda determinante a definição clássica de KANT (...)”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4ª ed. Tradução A, Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian: 2008, p. 09-10). A propósito: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito penal e processo penal* (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: 2010, p. 27.

<sup>4</sup> LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 1. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 115.

<sup>5</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Col. Os Pensadores), p. 492. Leciona LOSANO que “a arquitetura é parte da metodologia, porque somente a unidade sistemática transforma o agregado das noções em ciência, a qual vem assim coincidir com o sistema”. (LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 1..., p. 130).

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 492.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 493.

<sup>8</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 908-908.

<sup>9</sup> Na esteira de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, emprega-se a noção de *princípio* como *motivo conceitual* que denota esse alto grau de abstração linguística: “De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer *motivo conceitual*, aqui, é dizer *mito*, ou seja, no mínimo abrir um

dirigida à busca de um suporte para se possibilitar a compreensão das *estruturas complexas* em seu conjunto: as partes isoladas estariam unidas e dirigidas ao todo.

A origem do sistema pode ser constatada pela observância das fases de sua estruturação: a primeira fase engloba a *acumulação de conceitos*, em que são reunidos dados não especificamente ligados entre si, constituindo o material de construção que permite traçar arquitetonicamente um todo, segundo os fins da razão. Diante do acúmulo inicial de dados, na sequência, há a *intervenção do autor do sistema*, que organizará cada elemento de acordo com uma idéia<sup>10</sup>. Para KANT não existe a possibilidade da construção de um edifício científico acaso não se encontre uma ideia para colocar em sua base<sup>11</sup>. Nesse sentido, explica LOSANO que “uma ciência (ou sistema, o que para Kant é o mesmo) deve ser avaliada não com base no que o autor diz a seu respeito, mas com base na ideia que unifica suas partes. Somente desse modo pode-se evitar tornar próprios os erros de uma escola ou de um autor”<sup>12</sup>.

Em síntese, aqui se encontra presente a ideia de *princípio unificador*, conforme ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, que descreve a noção de sistema:

(...) a partir da visão usual, calcada na etimologia grega (*systema-atos*), como *um conjunto de temas que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o *fim* a que se destina<sup>13</sup>.

---

campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o *mito* pode ser tomado como *a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. (...) O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está um *mito*; sempre!” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Sapucaia do Sul, n.º 01, 2001, p. 26-27). Conforme LEBRUN os *mitos* devem ser entendidos “precisamente como uma maneira de fazer entrar na linguagem o que não pode ser apreendido nela, como uma maneira de colonizar essa hiância. Aliás, é função da mitologia assegurar uma espécie de genealogia, reconstituir com palavras a questão sempre irresolúvel na origem”. (LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite*. Ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004, p. 30).

<sup>10</sup> LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 1..., p. 131.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 493: “Ninguém tenta estabelecer uma ciência sem que lhe subjaza uma idéia”.

<sup>12</sup> LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito...*, Vol. 1, p. 131.

<sup>13</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In:\_\_\_\_\_. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

Na análise histórica dos sistemas processuais penais do Ocidente constata-se a identificação de apenas *dois tipos de sistemas*<sup>14</sup>, conforme as lições de Gian Domenico PISAPIA: “os sistemas que caracterizam o processo penal em várias épocas, e que ainda hoje são encontrados em diversos Países, são fundamentalmente dois: o sistema dito acusatório e aquele sistema denominado inquisitório”.<sup>15</sup>

Desse modo, tendo em vista os tipos históricos de sistemas processuais penais, pode-se afirmar, levando-se em consideração os respectivos princípios reitores, que o *sistema acusatório* é regido pelo *princípio dispositivo*; já o *sistema inquisitório*, regido pelo *princípio inquisitivo*.

## **Seção II. O Critério da Gestão da Prova e a Falácia do *Sistema Misto***

O ponto basilar da discussão em torno dos sistemas processuais penais centra-se no *critério* utilizado pela doutrina para a caracterização e consequente distinção de um tipo de sistema processual penal do outro. Em geral essa delimitação se faz através do critério da separação entre as atividades de acusar e julgar, o que implica a impossibilidade de desencadeamento do processo pelo exercício espontâneo da jurisdição, ou seja, sem que haja provocação (*nemo iudex*

---

<sup>14</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. Vol. I (Parte General). 2ª. ed. Ediar: Buenos Aires, 1956, p. 101: “Na realidade, não existem senão dois tipos fundamentais de procedimientos, que correspondem a duas concepções distintas de processo, segundo a posição que nele se atribua ao juiz e às partes”. [Tradução livre do original: En realidad no existen sino dos tipos fundamentales de procedimiento, que responden a dos concepciones distintas del proceso según la posición que en el mismo se asigne al juez y a las partes].

<sup>15</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1982, p. 19. [Tradução livre do original: “I sistemi che hanno caratterizzato il processo penale nelle varie epoche, e che anche oggi si riscontrano nei diversi Paesi, sono fundamentalmente due: il sistema c.d. *accusatorio* e quello c.d. *inquisitorio*”]. Também relevantes os ensinamentos de Adolfo ALVARADO VELLOSO: “Da resposta dada pelo legislador (...), dependerá o tipo de sistema que irá regular para que tanto os particulares como o próprio Estado possam solucionar adequadamente seus conflitos de interesses. E para concretizar esta opção foram gerados na história da humanidade apenas dois sistemas antagônicos: o *dispositivo* ou *acusatório* e o *inquisitivo* ou *inquisitório*” [Tradução livre do original: “De la respuesta que el legislador dé (...), dependerá el tipo de sistema que habrá de normar para que tanto los particulares como el propio Estado puedan solucionar adecuadamente sus conflictos de intereses. Y para concretar esta opción se han generado en la historia de la humanidad sólo dos sistemas claramente antagónicos: el *dispositivo* o *acusatorio* y el *inquisitivo* o *inquisitorio*”]. (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 63).

*sine actore*)<sup>16</sup>; instaurando-se a persecução penal sem a devida provocação, como consequência, nada impediria a aquisição da prova *ex officio*.<sup>17</sup>

Entretanto o critério da (in)existência da inicial separação entre as atividades de acusar e julgar é contestado pelas lições de Franco CORDERO<sup>18</sup>: essa comum afirmação doutrinária sucumbe diante da análise da *Ordonnance Criminelle* de 26 de agosto de 1670, do Rei Luis XIV da França, que instaurou um processo de partes, porém manteve a estrutura inquisitorial típica do processo penal canônico do medievo, inclusive com emprego da tortura:

O estilo inquisitório vira do avesso as perspectivas: o processo se torna uma atividade terapêutica; a pena é um remédio; queira ou não é necessário que o imputado coopere; sendo ofendido os supremos interesses pelo pecado-delito, esvai-se todo o limite de garantia porque os indivíduos desaparecem diante de nomes como Igreja, Estado, Partido e similares. Este axioma explica a máquina inteira. O aspecto mais visível está no fato de que trabalhe sem uma demanda, mas, no fundo é dado secundário: à lógica inquisitória não são repugnadas as ações obrigatoriamente exercidas por órgãos destinados à repressão; antes, o trabalho dividido auxilia no automatismo persecutório e o quanto rende vemos na França onde o *ministère public* aparece desde o fim do século XIII. É falso que o método inquisitório equivalha a um processo sem autor; nas *ordonnance criminelle* de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação cabia aos *hommes du roi*.<sup>19</sup>

Nesta toada, afirma NOBILI que um dos monumentos do sistema inquisitório na Europa Continental, a *Ordonnance Criminelle* de 1670 de Luís XIV, de fato previa a figura do Ministério Público e, “embora aquela que cremos ser característica

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61: “O empenho em publicizar o processo, é contudo, limitado pelo círculo finito da convivência ditada pelo equilíbrio de exigências opostas. Em um extremo publicista, ter-se-ia o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade no curso do procedimento, o que viria a contrariar os conspícuos fundamentos éticos e históricos do princípio da demanda e do dispositivo”.

<sup>17</sup> NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale*. Lezioni agli studenti. Bologna: CLUEB, 1989: “Busca da verdade “ex officio”: entende-se que se há confusão entre órgão da acusação e da decisão, tal característica será transferida também no momento ou, melhor, no aspecto que se refere ao poder de aquisição probatória”. [Tradução livre do original: “Ricerca della verità “ex officio”: s’intende che se v’è commistione fra organo dell’accusa e della decisione, tale caratteristica va a trasferirsi anche nel momento o, meglio, nell’aspetto che concerne la potestà di acquisizione probatoria”].

<sup>18</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 32 e ss.

<sup>19</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 47. [Tradução livre do original: “Lo stile inquisitorio rovescia le prospettive: il processo diventa affare terapeutico; la pena è una medicina; voglia o no, bisogna che l'imputato cooperi; essendo offesi dei supremi interessi dal peccato-delito, salta ogni limite garantistico, perchè gli individui spariscono davanti a numina quali Chiesa, Stato, Partito e simili. Quest'assioma spiega l'intera machina. L'aspetto piu visibile sta nel fatto che lavori senza domanda, ma in fondo, è dato secondario: alla logica inquisitoria non ripugnano le azioni obbligatoriamente esercitate da organi intensi alla repressione; anzi, il lavoro diviso giova all'automatismo persecutorio e quanto renda, lo vediamo in Francia, dove le ministère public appare fin dal tardo XIII secolo. È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell'ordonnance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopolio dell'azione spetta agli hommes du roi].

principal do [sistema] inquisitório – qual seja, a identificação entre órgão da ação (acusação) e órgão da decisão – nem sempre é uma marca indefectível daquele modelo”.<sup>20</sup>

Nos mesmos termos, ILLUMINATI sustenta que na *Ordonnance criminelle* de 1670 “o exercício da ação vem atribuído a um órgão distinto do juiz – o ministério público – sem que esse dado, por si só, impeça que se trate de um processo de tipo inquisitório”<sup>21</sup>. Logo, este critério, visível antigamente, já não faz sentido hoje – sustentado apenas para confundir os incautos, embora possa ser útil como elemento distintivo *secundário*<sup>22</sup>.

Descartado o critério da separação entre as atividades de acusar e julgar, resta analisar o poder de *aquisição da prova* durante a persecução penal – conforme anotado por NOBILI, anteriormente citado<sup>23</sup>. Este, sim, capaz de identificar o *princípio unificador* que fundará e, conseqüentemente, distinguirá o sistema processual penal acusatório do inquisitório: em sendo assim, é o critério da *gestão das provas*<sup>24</sup> aquele capaz de promover adequadamente a distinção entre os respectivos sistemas processuais penais.

Esses relevantes ensinamentos foram desenvolvidos no Brasil por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO<sup>25</sup> e incorporados por diversos pensadores do processo penal brasileiro<sup>26</sup>. A partir desta leitura, afirma-se que: a) o *princípio*

---

<sup>20</sup> NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale...*, p. 55. [Tradução livre do original: “(...) anche quella che noi crediamo essere la caratteristica principale dell’inquisitorio – ovvero la identificazione tra organo dell’azione (accusa) e organo della decisione – non sempre è un contrassegno indefettibile di quel modello”].

<sup>21</sup> ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. Trad. Lorena Bachmaier Winter. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 141. [Tradução livre do original: “El ejercicio de la acción viene atribuido a un órgano distinto del juez – el ministerio publico – sin que este dato por si solo excluya que se trate de un proceso de tipo inquisitivo”].

<sup>22</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro...*, p. 28; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 18.

<sup>23</sup> Ver nota 17.

<sup>24</sup> O que pode ser extraído das lições de CORDERO que descreve o Ministério Público como órgão incumbido da *gestão dos assuntos penais*, bem como identifica os poderes da parte – vista sob o prisma da figura passiva – na *gestão do processo* (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 175 e 255, respectivamente). Conferir, ainda: NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale...*, p. 56.

<sup>25</sup> Ver, principalmente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro...*, p. 28-29; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 17-42.

<sup>26</sup> A propósito: ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134-137; LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 173-184; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46-47;

*inquisitivo* funda o *sistema inquisitório* uma vez que a *gestão das provas* está a cargo do julgador (juiz ator/inquisidor); b) por outro lado, o *princípio dispositivo* funda o *sistema acusatório*, pois a *gestão das provas* é atribuída às partes (juiz expectador/árbitro).<sup>27</sup>

De acordo com PISAPIA, é possível constatar “que os Países anglo-saxões apresentam seus tipos de processos inspirados pela estrutura acusatória, enquanto os Países da Europa ocidental apresentam seus processos, a estrutura tendencialmente inquisitória”<sup>28</sup>. Resta evidente, portanto, a impropriedade em se sustentar a existência de um *sistema misto*, enquanto terceira estrutura de processo.

Ademais, na análise dos sistemas bipartidos, legado do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, CORDERO leciona sobre a impossibilidade de conciliação entre opostos, pois “a ideia do processo em dois tempos – inquisitório, o primeiro, e acusatório, o segundo – repugna à razão, conquanto possa seduzir os pesquisadores do compromisso por vocação”<sup>29</sup>. Na mesma balada, afirma ALVARADO VELLOSO que “(...) pode-se inferir, com facilidade, que os sistemas acusatórios e inquisitórios são franca e absolutamente antagônicos e que, por razões óbvias, não se pode falar seriamente de uma sorte de *convivência* entre eles, ainda que resulte aceitável que possam se alternar no tempo conforme as distintas filosofias políticas imperantes em um determinado lugar”.<sup>30</sup>

---

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 27; BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 75-76; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 04-13.

<sup>27</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 135: “Assim é que no *Sistema Inquisitório* o *Princípio Inquisitivo* marca a cadeia de significantes, enquanto no *Acusatório* é o *Princípio Dispositivo* que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da *gestão da prova*”.

<sup>28</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale...*, p. 20. [Tradução livre do original: “(...) che i Paese anglosassoni presentano dei tipi processo ispirati alla struttura accusatoria, mentre i Paese dell’Europa occidentale presentano dei processi a struttura tendenzialmente inquisitoria”]. Da mesma forma, ensina BARREIROS que “o Canal da Mancha simbolizava a fronteira entre duas concepções processuais criminais distintas: a inquisitória, radicada nos hábitos, mentalidades e instituições do continente e a acusatória, que subjaz ao ordenamento judiciário inglês”. (BARREIROS, José António. *Processo penal*. Lisboa: Almedina, 1981, p. 104).

<sup>29</sup> CORDERO, Franco. La riforma dell’istruzione penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, fasc. 3. jul./set. 1963, p. 717. [Tradução livre do original: “l’idea del processo a due tempi – inquisitorio il primo e accusatorio il secondo – ripugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione”].

<sup>30</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio...*, p. 159. [Tradução livre do original: “(...) puede colegirse con facilidad que los sistemas dispositivos e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme as distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado”].

Desse modo, conforme PISAPIA, não mais existe *sistema processual puro*: “ocorre especificar, de pronto, que em nenhum País hoje é mais acatado nem o sistema acusatório nem aquele inquisitório”<sup>31</sup>. Portanto, tais sistemas, em suas respectivas *formas puras*, são tipos históricos, motivo pelo qual, hoje, todos os sistemas processuais penais são *mistos*, o que não significa recepção de um terceiro sistema, pois não existe um *princípio unificador misto*, por evidente desconfigurador do sistema.<sup>32</sup>

O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* – que será tratado na sequência – embora represente uma tentativa de conjugação dos outros dois, não possui um *princípio unificador próprio*, sendo certo que, ou será *essencialmente inquisitório*, com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou será *essencialmente acusatório*, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório<sup>33</sup>, dependendo a quem se atribua o poder de gestão das provas. Neste sentido, afirma ALVARADO VELLOSO que “(...) *disposición e inquisición* são posições que geram sistemas de processamento *incompatíveis* em sua essência (...) por isso é que *não é factível se conceber racionalmente o sistema misto*”<sup>34</sup>.

Em outras palavras, o fato de ser misto significa que, *na essência*, o sistema ou é inquisitório ou é acusatório, recebendo a referida adjetivação (misto) por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale...*, p. 20. [Tradução livre do original: “Ocorre precisare subito che in nessun Paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio né quello inquisitorio”]. Da mesma forma, afirma Hugo ALSINA que se não tratam de sistemas absolutos, “porque não existem processos puramente acusatórios ou inquisitórios (...). Por conseguinte, só se pode falar de prevalência de um ou outro sistema, no que influi a matéria da questão e, assim, enquanto o processo civil é prevalentemente acusatório, o penal é prevalentemente inquisitório”. [Tradução livre do original: “(...) no son sistemas absolutos, porque no hay procesos puramente dispositivos o inquisitivos (...). Por consiguiente, sólo puede hablarse de prevalencia de uno u otro sistema, en lo que influye la materia de la cuestión y así en tanto que el proceso civil es prevalentemente dispositivo, el penal es prevalentemente inquisitivo”. ALSINA, Hugo. *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. Vol. I..., p. 102-103.

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro...*, p. 29.

<sup>33</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 17-18.

<sup>34</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio...*, p. 161. [Tradução livre do original: “(...) *disposición e inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia (...) pero eso es que *no es factible concebir racionalmente el sistema mixto*”].

<sup>35</sup> Segundo ALVARADO VELLOSO “(...) ao escutar o comentário dos autores acerca de qualquer código, é habitual que indiquem que é predominantemente *acusatório com alguns padrões inquisitórios*, ou, ao contrário, que é *fundamentalmente inquisitivo, com alguns traços dispositivos*”. [Tradução livre do original: “(...) al escuchar el comentario de los autores acerca de cualquier código,



Em síntese, é absolutamente inadequado se sustentar a existência de um sistema processual *misto* enquanto um *terceiro sistema* recepcionado ao lado do *inquisitório* e do *acusatório*.

### **Seção III. Sistemas Processuais Penais: Conceito, Características e Breve Histórico**

#### **§ 1 – Sistema Acusatório**

O sistema processual penal acusatório pode ser definido como aquele sistema regido pelo *princípio dispositivo*, que atribui às partes a *gestão das provas*. Em sua *forma pura* esse sistema exhibe as seguintes características: o julgador apresenta-se em assembléia ou corpo de jurados; o juiz é árbitro, sem iniciativa na investigação, encontrando-se em posição de igualdade em relação às partes; a ação é popular (delitos públicos) ou compete ao ofendido (delitos privados); o processo é oral, público e contraditório; a prova é valorada livremente; a sentença faz coisa julgada; e a regra nas medidas cautelares é a liberdade do acusado.<sup>36</sup>

Embora encontre suas raízes mais remotas na Antiguidade, nos moldes como hoje é estudado, o sistema acusatório nasce na Inglaterra medieval, após a invasão normanda promovida por Guilherme, o Conquistador.

Sabe-se que a história do direito inglês é semelhante àquela dos países continentais até os séculos XII e XIII. Embora tenha integrado o Império Romano do século I ao V, lá a romanização foi pouco intensa, principalmente no tocante à assimilação do direito e das instituições dos períodos precedentes<sup>37</sup>. Em outras palavras: o direito inglês “desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas de forma limitada a influência de contatos com o continente europeu”.<sup>38</sup>

Nesse período, a Inglaterra havia passado por um histórico de sucessivas invasões, promovidas pelos anglos, saxões, dinamarqueses e também pelos povos

---

es habitual que indiquen que es predominantemente *dispositivo con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, que es *fundamentalmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos*”] (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio...*, p. 160).

<sup>36</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 12.

<sup>37</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5ª ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008, p. 209.

<sup>38</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 4ª ed. Tradução. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355.

germânicos<sup>39</sup>. Apenas nessa quadra histórica é que a Inglaterra se converte ao cristianismo, com a missão de Santo Agostinho, no ano de 596.

O direito inglês até então era pouco conhecido e somente depois da conversão é que as suas leis são redigidas<sup>40</sup> – como ocorria na Europa continental –; e isso se dá de forma bastante peculiar, pois ao contrário das leis bárbaras, que eram redigidas em latim, aquelas são escritas em língua anglo-saxônica.<sup>41</sup>

Uma data deveras marcante na história da Inglaterra é o ano de 1066, em que ocorre a sua conquista por Guilherme da Normandia. Para uma melhor compreensão da importância desta conquista para o direito inglês, é necessário destacar o intenso caos político que girava em torno da coroa inglesa durante os cinquenta anos anteriores à vitória de Guilherme, na Batalha de Hastings.<sup>42</sup>

Após combater por mais de dois séculos as invasões vikings, em 1013 a Inglaterra acaba se curvando ao rei dinamarquês Svein Forkbeard, que derrotou e matou o rei Ethelred II. O reinado de Ethelred II era deveras instável e, visando mantê-lo, em 1002, ele se casa com a filha do duque Ricardo I da Normandia, chamada Ema. Essa estratégia não surtiu o efeito desejado, diante de sua derrota para Svein Forkbeard. Entretanto, o casamento de Ema com Ethelred II e, posteriormente, daquela com o sucessor de Esvein Forkbeard, chamado Canuto, acabou por envolver a Normandia de forma significativa no futuro da Inglaterra.

O reinado de Canuto durou até a sua morte em 1035, instaurando aí uma grande crise sucessória, pois dois filhos de Canuto passaram a reivindicar o trono inglês: um, Haroldo I, “O Pé-de-Lebre”, que embora sendo filho ilegítimo de Canuto com a sua amante Aelfgifu, estava na Inglaterra na época da morte de seu pai e, com isso, assume o trono. O outro, Canuto II, filho legítimo de Canuto com Ema, estava governando a Dinamarca. Com a morte de Haroldo I, em 1040, Canuto II retorna à Inglaterra e assume o trono. Entretanto, seu reinado também foi bastante breve, pois acabou falecendo em 1042. Nenhum desses reis teve filhos, o que acabou por interromper a linhagem de Canuto, passando o trono inglês ao domínio

---

<sup>39</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 209.

<sup>40</sup> Sobre as bases do sistema inglês, conferir: BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Law of England*. Chicago: The University Chicago Press, 1992 (4 vol.).

<sup>41</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo...*, p. 357.

<sup>42</sup> Conferir esse caos sucessório e os detalhes que envolveram a Batalha de Hastings – descritos de forma genérica na sequência – em: DEVRIES, Kelly; DOUGHERTY, Martin; DICKIE, Iain; JUSTICE, Phyllis G.; JOGENSEN, Christer. *Batalhas medievais 1000-1500*. Conflitos que marcaram uma época e mudaram a História do Mundo. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Amber Books, 2009, p. 18-29.

do filho remanescente de Ethelred II, chamado Eduardo, “O Confessor”, que vivia exilado na Normandia.

A assunção do trono por Eduardo foi exitosa e ele teve a necessária habilidade em alicerçar o seu poder ao se casar com Edite, a única filha de Godwin – o mais poderoso conde inglês – e, ainda, delegar o título de conde a dois irmãos de Edite. O segundo deles, Haroldo, sucederia ao pai como conde de Wessex em 1053, atuando nos anos seguintes como principal conselheiro de Eduardo. E aqui entra em cena Guilherme da Normandia.

Em 1035 Guilherme assumiu o ducado da Normandia com a morte de seu pai, o duque Roberto da Normandia, de quem era filho ilegítimo. Ainda bastante jovem Guilherme enfrentou diversas rebeliões entre seus nobres, todas elas apaziguadas rapidamente, no início por barões leais a ele e, posteriormente, por ele próprio. Com isso, Guilherme ganhou experiência militar e adquiriu habilidades no generelato.

Até 1052 Guilherme teve pouco contato com a Inglaterra. No decorrer do referido ano enquanto o conde Godwin e sua filha estavam no exílio, ele fez uma visita à ilha. Foi nesta visita que os historiadores associam a suposta promessa do conde Godwin de que Guilherme herdaria a coroa inglesa, muito embora quando a família Godwin regressou pouco tempo depois – e um ano após morre o referido conde -, tenha sido Haroldo, e não Guilherme, o herdeiro evidente do trono de Eduardo, “O Confessor”. Existem, contudo, fontes históricas que relatam ter Haroldo visitado a Normandia entre 1063-1064, onde jurou lealdade ao duque da Normandia, afirmando a sua disposição em ajudá-lo a obter o trono inglês depois da morte de Eduardo. Se isso fazia de Guilherme, por direito, o herdeiro da coroa inglesa, Eduardo, em seu leito de morte – em 1066 – reconhece Haroldo Godwin como o novo rei da Inglaterra.

A coroação de Haroldo foi contestada por três pretendentes ao trono: Svein Estrithson, Harold Hardrada e Guilherme da Normandia. O primeiro, rei da Dinamarca, fundava sua aspiração ao trono da Inglaterra em seu parentesco com Canuto, porém decidiu ficar inerte. O segundo, rei da Noruega, cujos direitos de sucessão eram distantes, acreditava que a Inglaterra ficara enfraquecida pela sucessão de Haroldo Godwinson – crença essa compartilhada pelo irmão expatriado de Haroldo, Tostig Godwinson, que havia fugido para a Noruega após ter sido proscrito em 1065. O último – que tinha parentesco com Ema, a mãe de Eduardo, “O

Confessor” –, pela quebra do juramento de lealdade feito por Haroldo, prometo-o que assumiria o trono após a morte de Eduardo. Assim, Harold Hadrada e Guilherme da Normandia se uniram e decidiram invadir imediatamente a Inglaterra.

No verão de 1066 ambos já estavam prontos. Haroldo Godwinson colocou seu exército de prontidão junto à costa sul da Inglaterra, aguardando até o dia 08 de setembro de 1066. Porém, o mau tempo no Canal da Mancha impediu que Guilherme partisse; já Harald Hadrada zarpou seguindo primeiro para as Ilhas Órcadas, daí para a Escócia, onde as tropas aliadas – em pequeno número – uniram-se a seu exército, finalmente contornando a costa nordeste da Inglaterra até o rio Humber, atracaram em Ricall no dia 20 de setembro de 1066 e, dali, marchando até York. A primeira obstrução das tropas norueguesas ocorreu em Fulford Gate, próximo a York, onde estavam os exércitos de dois condes ingleses, os irmãos Morkere, da Nortúmbria, e Edwin, da Mércia, que se não mostraram páreo para as tropas comandadas por Harald Hadrada. Vencida essa batalha, o exército rumou para York – onde os chefes da cidade se renderam – e, em seguida, para Stanford Bridge. Dois dias depois, em 24 de setembro de 1066, os noruegueses foram surpreendidos com o ataque das tropas inglesas: a Batalha de Stanford Bridge rapidamente chegou ao fim com a vitória dos ingleses. Tanto Harald Hadrada quanto Tostig Godwinson foram mortos.

Em 26 de setembro de 1066, quando o exército de Haroldo Godwinson comemorava a vitória na Batalha de Stanford Bridge, com o clima favorável, Guilherme da Normandia cruzou o Canal da Mancha e desembarcou com o seu exército em Pevensey, na costa sul da Inglaterra. Haroldo Godwinson ficou sabendo do desembarque normando alguns dias depois e retornou ao sul pela mesma rota: passando por Londres, prosseguiu até a Colina Senlac, próxima a Hastings, onde pensou ter encontrado um terreno favorável para firmar posição contra os invasores. Ali, em 14 de outubro de 1066, ocorreu a famosa Batalha de Hastings: após vários ataques da cavalaria normanda, que subiu a Colina de Senlac contra a parede de escudos formada pelo exército de Haroldo Godwinson e de duas falsas retiradas, inúmeros dos soldados da infantaria inglesa romperam formação e desceram pela colina para a derrota, sendo Haroldo Godwinson morto na batalha; assim Guilherme, “O Bastardo”, duque da Normandia e conde do Maine, tornou-se, também, “O Conquistador”, rei da Inglaterra.

Em razão de seu parentesco com Ema, a mãe de Eduardo, “O Confessor”, Guilherme aspirava reinar na Inglaterra como sucessor de Eduardo, e não pelo direito da conquista; esta, em si, não modificaria o estado de coisas até então vigentes, pois Guilherme proclamou, de forma expressa, que o direito anglo-saxônico deveria ser mantido em vigor.

Por outro lado, a conquista normanda se constituiu em evento fundamental no desenvolvimento do direito inglês, porque implicou a instauração de um regime feudal peculiar, conduzindo a Inglaterra à efetivação de um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa, já experimentada no ducado da Normandia<sup>43</sup>. Em razão disso, a experiência feudal inglesa foi bastante distinta daquela estabelecida na Europa continental, conforme explica René DAVID:

Os senhores normandos que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêem-se num país conquistado, cuja língua lhe é de todo estranha e cujos hábitos e costumes são por eles desprezados. Sentem a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades. O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição das terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo que nenhum “barão” pudesse rivalizar com ele em poder (...).<sup>44</sup>

Com isso se concentrava nas mãos do rei o poder sobre um verdadeiro exército, o que denota a característica militar e extremamente organizada do feudalismo inglês, sendo que “os seus sucessores conseguem manter e desenvolver a sua autoridade real, tanto em face aos seus vassalos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxônicos”.<sup>45</sup>

Foram esses fatores específicos que permitiram o desenvolvimento do *common law*<sup>46</sup>, que é, por oposição aos costumes locais, o direito de toda a Inglaterra<sup>47</sup>. Em outras palavras, há uma nítida relação entre a unidade política da Inglaterra e a unidade do seu direito, e vice-versa. Deve ser ressaltado que o *common law* aparece com a estrutura que é conhecida até hoje a partir do reinado de Henrique II, no período de 1154 até a sua morte, em 1189.

---

<sup>43</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo...*, p. 357-358.

<sup>44</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo...*, p. 358.

<sup>45</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 209.

<sup>46</sup> Essa expressão deriva da gíria normanda *comune ley*: os juristas ingleses continuaram a se utilizar do francês (*Law French*) até o século XVIII.

<sup>47</sup> Conforme GILISSEN: “a expressão *common law* é utilizada desde o século XIII, para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região”. (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 207).

No século XII, o costume é ainda conservado como a única fonte do Direito inglês, destacando-se os costumes locais anglo-saxônicos, os costumes das cidades nascentes (*borough customs*) e os costumes dos mercadores (mormente os de Londres), chamados *lex mercatoria* (posteriormente *ley merchant*, *merchant law*). Competia à assembléia dos homens livres a aplicação do costume, através da chamada *County Court* (Corte do Condado) ou *Hundred Court* (Corte da Centena, subdivisão dos Condados). O rei exercia apenas a “alta justiça”, por meio da *Curia regis*, que promovia o julgamento de casos excepcionais, como a ameaça à paz do reino ou em determinadas circunstâncias em que se configurasse a impossibilidade de efetivação da justiça pelos meios ordinários.<sup>48</sup>

A *Curia regis* é, portanto, a corte das grandes personagens e dos grandes casos; trata-se de uma jurisdição extraordinária. Contudo, bem cedo foram destacadas seções especializadas da *Curia* para se ocuparem de determinadas matérias: o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium* ou *Court of Exchequer*), que apreciava questões de finanças e fiscais, o Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*), que julgava questões entre particulares sobre a posse da terra e o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), itinerante, que julgava os crimes contra a paz do reino<sup>49</sup>. Conforme GILISSEN:

A extensão da competência desses Tribunais tornou-se possível pelo processo técnico utilizado para requerer as jurisdições reais de Westminster, onde qualquer pessoa que quisesse solicitar justiça ao Rei, podia endereçar-lhe um pedido. O Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada *writ* (em latim: *breve*; em francês: *brief*) a um xerife (que era um agente local do rei) ou mesmo a um senhor para ordenar ao réu que prestasse satisfação ao queixoso; o facto de não dar esta satisfação, era uma desobediência a um ordem real; mas, o réu podia vir explicar a um dos tribunais reais por que razão considerava não dever obedecer à injunção recebida.<sup>50</sup>

Desse modo, quando Henrique II concentra em suas mãos o poder de administração da justiça, erigindo em monopólio os *writs* assim como as *forms of action* (de onde nasce o *common law*), com um mecanismo em determinado aspecto semelhante aos editos do pretor, os *vere dictas* apresentados sob essa forma se convertem em um veículo de acusações públicas<sup>51</sup>. Entretanto, “tal modo de agir (*forms of action*) logo abarrotou a jurisdição real e mesmo que o tribunal tivesse sido

<sup>48</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 209-210.

<sup>49</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 210.

<sup>50</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 210.

<sup>51</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 18.

decomposto (...), a situação não encontrou solução. Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular<sup>52</sup>, o *Trial by jury*.

Em 1166, através de um *writ* emitido por Henrique II, chamado *novel disseisin*, foi determinada ao *sheriff* a incumbência de reunir doze homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra havia efetivamente desapossado o queixoso; com isso, foi eliminado o duelo judiciário até então praticado. Na mesma data, a acusação pública em matéria criminal já não mais é entregue a um funcionário – uma espécie de Ministério Público –, porém à comunidade local; um júri, posteriormente denominado *Grand Jury* deveria denunciar os crimes mais graves (homicídios, roubos, etc) aos juízes (*indictment*); composto por 23 jurados em cada condado (*county*), e por 12 jurados em cada centena (*hundred*), veio a se tornar o júri de acusações; os jurados decidiam segundo o que sabiam e conforme o que se alegava, não se ocupando com as provas. A instrução probatória era transferida para um segundo júri, chamado *Petty Jury*, composto geralmente de 12 jurados, *boni homines*, recrutados entre vizinhos. Inicialmente, era perante eles que tinham lugar os *juízos de Deus*; porém, no século XIII quando os *juízos de Deus* desapareceram progressivamente, o júri passou a decidir se o acusado era culpado ou inocente (*guilt or innocent*) conforme aquilo que tinham conhecimento em torno do caso, sem ouvirem testemunhas ou admitirem outras provas; o júri era a própria prova dizendo a verdade (*vere dictum – veredito*). Era possível que o acusado recusasse o *trial by jury*; entretanto, nesse caso, era detido numa prisão para aí sofrer *peine forte et dure*, que consistia em dormir nu, sob um grande peso, alimentado apenas de pão bolorento e água suja (*Statute of Westminster I, 1275*)<sup>53</sup>. Somente nos séculos XV-XVI que o *petty jury* é modificado: em vez de ser um júri de prova, torna-se a instituição que deveria ouvir as

---

<sup>52</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

<sup>53</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 214. De acordo com CORDERO “formalmente, os *trial by jury* ou julgamento pelos jurados implicam num autosubmetimento: o acusado *puts himself on the country*, entregando-se ao juízo coletivo; o relutante sofre uma pena forte e dura (*forte et dure*), enquanto modifique as ideias ou entregue sua alma ao Senhor; deitado com um peso sob o estômago, alimentado a pão e água, pão mofado e água estagnada”. [Tradução livre do original: “Formalmente, los *trial by jury* o juicios por jurados implican un autosometimiento: el acusado *puts himself on the country*, entregándose al juicio colectivo; el renuente sufre una pena fuerte y dura, mientras cambie de ideas o entregue su alma al Señor; acostado con un peso sobre el estómago, alimentado a pan y agua, enmohecido el pan y estancada el agua”]. (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 19).

testemunhas (*oral evidence*) e apenas poderia julgar o que tivesse sido objeto de prova.<sup>54</sup>

Desse rudimentar processo pelo júri ou *Trial by jury* surgido como alternativa aos *juízos de Deus*, aos quais se assemelha em seu caráter irracionalmente apodítico, nasceu o estilo acusatório<sup>55</sup>. Segundo Geraldo PRADO:

A forma de atuação dos mecanismos de resolução dos conflitos de interesses adotados na Inglaterra, como consectário lógico da técnica usada para requerer as jurisdições reais, afastou o direito inglês do modelo romano-canônico imperante no resto da Europa e possibilitou aos juízes profissionais, com a formação prática, a introdução de um mecanismo de recurso a precedentes (*cases*), a rigor condensados nos *Years Books*, escritos em francês (*Law French*).<sup>56</sup>

Destaca-se que os julgamentos, em regra, ocorriam em locais públicos que, sob o prisma político se constituiu em uma opção de grande destreza e talento na arte de governar de Henrique II, pois “se o povo condenasse, era resposta do rei; se o povo absolvesse, era resposta do rei, e assim estava ele sempre do lado aparentemente correto”.<sup>57</sup>

O desenvolvimento desse sistema peculiar e rigoroso denota, acima de tudo, a força da *centralização do poder*, mesmo porque nessa quadra histórica o regime inglês já era absolutista (sendo o rei *suserano*), o que irá ocorrer na Europa ocidental bem mais tarde<sup>58</sup>. Por outro lado, era evidente que surgissem os embates com os *barões* (denominados *grandes vassalos*) e, ainda, com a Igreja que mantinha sua autonomia judiciária, pois não consentia em se sujeitar aos Tribunais reais; tanto assim que Henrique II foi ameaçado de excomunhão logo após a morte de Thomas Becket, bispo de Cantenbury<sup>59</sup> que, defendendo os interesses da Igreja Católica, apresentou forte oposição a Henrique II.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...*, p. 214.

<sup>55</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 16.

<sup>56</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 107.

<sup>57</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 6.

<sup>58</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 35.

<sup>59</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 35.

<sup>60</sup> Deve ser destacada a relação de Henrique II com Thomas Becket: quando aquele assumiu o trono inglês nomeou Becket, então seu amigo e aliado, chanceler do reino; entretanto, Becket procurou cada vez mais voltar seus interesses para a vida religiosa, dedicando-se ao estudo do cristianismo; com isso, tornou-se amigo do arcebispo de Cantenbury, Teobaldo. Este orientou Becket a se dedicar à fé de tal modo que ele acabou renunciando ao cargo de chanceler para ser nomeado arcediácono de Teobaldo. Com a morte do arcebispo, o Papa concedeu a Henrique II o privilégio de escolher e nomear o sucessor de Teobaldo: Henrique II não vacilou em concedê-lo a Becket. Porém, com a centralização cada vez maior dos poderes do rei, Becket, defendendo os interesses da Igreja entra em embate com Henrique II e, diante do rompimento, exila-se na França,



Contudo, a grande crise experimentada pela coroa ocorre no reinado de João I, o *Sem-Terra*, usurpador do trono de seu irmão primogênito Ricardo, o *Coração de Leão* (o verdadeiro sucessor de Henrique II, pai de ambos).

Assim que assume o trono, João Sem-Terra institui um novo imposto sobre os nobres que falhavam na sua obrigação de fornecer soldados e material militar à coroa, o que causou um enorme desagrado aos barões. Além disso, João Sem-Terra perdeu territórios sob domínio inglês na França e criou um grande desconforto com a Igreja na interferência da escolha do Arcebispo de Cantenbury, não aceitando o candidato do Papa Inocêncio III, Estevam Langton; esse ato lhe valeu a excomunhão em 1211, tendo ainda o Papa colocado a Inglaterra sob *interdicto*. O rei contratou com o confisco dos bens eclesiásticos. Porém, os barões haviam encarado a repreensão da Igreja católica como um incentivo à revolta. Sem saída e objetivando não perder o apoio de Roma, o rei submeteu-se ao Papa em 1213, e dividindo seu reino em feudos à Santa Sé, torna-se vassalo do Papa. Após o fracasso na tentativa de recuperar os domínios ingleses perdidos em França, acaba por enfrentar a rebelião dos barões, os quais obrigaram-no, em 1215, a assinar, outorgar e jurar a *Magna Charta Libertatum* aos barões e à burguesia, insatisfeitos com seu reinado.

Em que pese o significado constitucional da *Magna Charta Libertatum*, que se encaixou com perfeita coerência aos esquemas da nobreza feudal e da carta de direitos contraídos, foi repetidas vezes enfatizado – em diversas direções “anticontinentais” – que o documento pertence, no entanto, à categoria dos textos que adquirem, em certo sentido, vida própria, criando uma tradição que vai bem além do contexto de seu “nascimento”<sup>61</sup>, pois, à reboque da vitória da nobreza, que assumiu o controle sobre o rei, vieram regras que beneficiaram a todos, e fizeram brotar a consciência da *cidadania*, como aquela presente no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, determinando que “nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”. Na tensão que

---

onde ficou por aproximadamente seis anos. Em seu retorno à Inglaterra acabou sendo assassinato por partidários do monarca, dentro de sua própria catedral. Logo após o assassinato de Thomas Becket, Henrique II foi ameaçado de excomunhão.

<sup>61</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale*. Profilo storico. 8ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 51.

girava entre as forças, “entre os *barões* e o rei, parece ter levado vantagem o povo , até assumir a consciência de ser o efetivo detentor do poder, pelo menos para efeito de não ter violado o seu espaço de intimidade, com uma cultura de respeito à cidadania”.<sup>62</sup>

Evidentemente um processo arquitetado sob essa base dá ensejo a uma *cultura processual* menos exposta a maquinações, principalmente pelo lugar em que o acusado ocupa, qual seja, antes de réu, um *cidadão*, detentor de direitos inarredáveis e acatados. Observa FIGUEIREDO DIAS que,

(...) se o sistema vai sendo combinado com elementos inquisitoriais em quase toda a Europa continental, é na Inglaterra que – incentivado pela ideologia liberal que se desprende já da *Magna Charta Libertatum* de João Sem-Terra (1215) e acentuado sobretudo pelo *Bill of Rights* (1689) e pelo *Act of Settlement* (1701) – ele ganha o seu maior e vivaz florescimento, a ponto de ainda hoje se manter aí essencialmente imodificado<sup>63</sup>.

Portanto, a estrutura de processo penal gestada na Inglaterra durante o nascimento e desenvolvimento do *common law* gera um genuíno processo de partes, pois “na essência o *contraditório* é pleno e o *juiz estatal* está em posição passiva, *sempre longe da colheita da prova*. O processo, destarte, surge como uma *disputa entre as partes* que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*”.<sup>64</sup>

E, assim, no ritual acusatório verifica-se um espetáculo dialético, uma luta quase atlética, um combate aberto; limitado à pura operação técnica, na qual o único valor encontra-se na observância das regras, o processo é insensível à sobrecarga ideológica, presente no sistema oposto – o inquisitório<sup>65</sup>. Ou seja, o processo se constitui numa *aventura agonística*; o imputado joga as suas chances: ainda quando esteja desamparado, a ele é garantido o espaço psíquico.<sup>66</sup>

É manifesto que o ponto crucial do sistema acusatório está na posição passiva do julgador na produção da prova, o que lhe garante a necessária imparcialidade para o desenvolvimento do seu mister: ao desconhecer as diligências investigatórias e se manter alheio à busca do material probatório, consegue preservar uma *virgin mind* no tocante ao caso e evitar a formação de juízos preconstituídos. Com isso não se permite ao órgão julgador mover o processo

<sup>62</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 36.

<sup>63</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 66.

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 36.

<sup>65</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 86.

<sup>66</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 47.

*antepondo suas hipóteses pessoais em relação à reconstituição dos fatos, ficando adstrito àquilo proposto nas alegações enfrentadas entre acusação e defesa.*<sup>67</sup>

Por fim, vale lembrar as advertências de CORDERO, segundo o qual as técnicas estabelecidas na cultura do ritual acusatório pressupõem um ambiente onde os indivíduos detêm algo: corpos sociais com metabolismo regulado, imunes à angústia, crises de identidade e seus respectivos arrebatamentos. Trata-se de um método ligado a *pessoas psiquicamente sãs* e, também, *descomplicadas*. Tudo encontra-se no *flair play*. A partir daí, uma constante formalística é detectável em tempos e lugares diversos. Tanto mais pesam os ritos, quanto menos conta o órgão judicante. Operação pública, *trial*, debate: essa máquina cênica exclui delongas, perplexidades, impasses; os envolvidos exigem técnicas controláveis, discursos claros, conclusões precisas, tempos breves. Se bem empregados seus instrumentos, desenvolvem um afiado e sóbrio gosto dialético, os quais fazem um par desajeitado, excêntrico, barroco, nos locais expostos aos métodos inquisitórios.<sup>68</sup>

## § 2 – Sistema Inquisitório

O antípoda do sistema processual penal *acusatório* é o sistema processual penal *inquisitório*, ou seja, aquele regido pelo *princípio inquisitivo*, que concede ao juiz o poder da *gestão das provas*. Suas características, na *forma pura*, são as seguintes: o julgador é permanente; o juiz investiga, acusa e julga, colocando-se em posição de superioridade em relação ao acusado; a acusação procede *ex officio*, admitindo-se a denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e sem contraditório; a prova é legalmente tarifada; a sentença não faz coisa julgada; a prisão processual é regra.<sup>69</sup>

Esclarece Salo de CARVALHO que “a aparição do sistema inquisitório é subsidiária ao acusatório, coexistindo durante muitos séculos com este e tomando gradualmente as feições atualmente conhecidas”<sup>70</sup>. Embora possuindo suas origens na velha Roma, principalmente no seu período de decadência, além de alguns vestígios em legislações antigas, na forma como hoje é estudado, o sistema inquisitório “nasce no seio da *Igreja Católica*, como resposta defensiva contra o

<sup>67</sup> ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia...*, p. 156-157

<sup>68</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 42-43.

<sup>69</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 12.

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 20.

desenvolvimento daquilo que se denominou ‘doutrinas heréticas’. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece”.<sup>71</sup>

Conforme Anita NOVINSKY a expressão *herege* “origina-se do grego *hairesis* e do latim *haeresis* e significa doutrina contrária ao que foi definido pela Igreja em matéria de fé”. Afirma ainda a autora que “a heresia é uma ruptura do dominante, ao mesmo tempo que é uma adesão a uma outra mensagem. É contagiosa e em determinadas condições dissemina-se facilmente na sociedade. Daí o perigo que representa para a ordem estabelecida, sempre preocupada em preservar a estrutura tradicional”<sup>72</sup>. Em outras palavras, “o herege é fundamentalmente um opositor de consciência, um divulgador de outras verdades, verdades essas inadmitidas”<sup>73</sup>.

Desde a decadência do Império Romano, as populações na Europa, visando a sua própria segurança, passam a se agregar nos feudos, geralmente – e de forma estratégica –, situados nas montanhas, “defesas naturais às quais somem-se a arquitetura medieval típica, quase totalmente diversa da concepção dos romanos que, como se sabe, em geral, conscientes de seu poderio, buscavam os locais planos e nele fixavam as cidades”.<sup>74</sup>

A vida aí girava em torno dos feudos, sustentada na relação entre *suseranos* e *vassalos*, além do braço armado do poder – os *cavaleiros* –, e dos *clérigos*. Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

(...) a Igreja, com a conversão de Constantino (312 D.C.), passa a ser a mais importante aliada do Poder e, por estratégia, depois do primeiro mosteiro fundado por São Bento em Subiaco, começa a preparar os seus membros a partir da *patrística* agostiniana, toda fundada em Platão e, portanto, dentro do padrão fornecido por uma verdade calcada em um *mundo hipostasiado*. Era natural, enfim, que as obras de Aristóteles fossem conservadas nas torres, trancafiadas de todos os modos e tão só alcançáveis através de labirintos adredemente preparados.<sup>75</sup>

O sistema processual penal até então – e apesar de determinadas peculiaridades –, era eminentemente estruturado nos *Juízos de Deus*; isso em razão do domínio *bárbaro* e da recepção do direito romano. Os *Juízos de Deus* se consubstanciavam em três formas de processo: as *ordálias* (em regra, destinada aos vassalos); o *duelo* – *duellum bellum* (destinado aos cavaleiros); e o *juramento* –

<sup>71</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 18.

<sup>72</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 10-11.

<sup>73</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 26.

<sup>74</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 19.

<sup>75</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 19.

ligado à ideia de que Deus também punia o perjúrio (destinado aos senhores feudais)<sup>76</sup>. É interessante observar que nos rituais próprios do misticismo pagão dos antigos povos germânicos, a Igreja se coloca como protagonista, entrecruzando, com grande maleabilidade, o ritualismo místico com os símbolos próprios da cristandade.<sup>77</sup>

Uma grande guinada ocorre por volta do ano mil: “com o aumento das *caravanas de mercadores*, frequentemente comandadas por hebreus e árabes (ou seja, não-cristãos), cada vez mais aparelhados belicosamente, começam a aparecer os entrepostos comerciais e, de consequência, as *idades*, os burgos”<sup>78</sup>; desse modo, a perspectiva de vida que até então se levava é modificada pela criação de “um novo sistema de trocas e já não mais cada um respondia pela sua própria sobrevivência, mas dependia dos outros, o que se vê pelas chamadas Corporações de Ofício, cada uma produzindo um tipo (ou tipos) de bens”.<sup>79</sup>

O centro da vida econômica modifica-se, passando dos campos às cidades, doravante convertidas em prósperos centros de atividades comerciais. O crescimento demográfico e econômico das cidades gera uma nova sociedade e, conseqüentemente, uma nova mentalidade, que se reflete numa visão cultural, religiosa e artística completamente diversa. De acordo com LOSANO:

No plano político, o Império Romano-Germânico e a Igreja Católica representavam dois fatores de unificação sobrepostos aos fragmentários ordenamentos locais. Assim, acima das leis de cada monarca, dos estatutos das cidades, dos costumes locais e feudais (denominados *jura propria*), situavam-se o direito da Igreja e o do império. Ambos constituíam a base jurídica comum a todos e, por isso, eram chamados de *jus commune*.<sup>80</sup>

De meados do século XII até a metade do século XIV, o desenvolvimento da cristandade latina atinge o seu apogeu; o grande movimento de urbanização está no auge. As cidades figuram como uma das primordiais manifestações e um dos

---

<sup>76</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação de prova e o processo penal brasileiro. *Revista da faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 39, n. 0, 2003, p. 110.

<sup>77</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p.18: “Nei riti intrisi del magicismo pagano degli antichi popoli germanici la Chiesa se inserì da protagonista, incrociando con grande dittilità il ritualismo magico con i simboli propri della cristianità”.

<sup>78</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 20.

<sup>79</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 2.

<sup>80</sup> LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 51.

motores essenciais da culminação medieval. A atividade econômica, tendo como centro as cidades, chega ao seu esplendor.<sup>81</sup>

É notável que o desabrochar das cidades trouxesse consigo novas formas de vida em que a individualidade e um maior sentido da realidade começariam a cobrar o seu preço. Com a transformação social, que produziu uma progressiva substituição das formas sociais arcaicas, baseadas em laços familiares, por estruturas estatais e urbanas centralizadas, com núcleos de população maiores (territorialização) e o crescimento da criminalidade de massas, foi necessário também a transformação do processo penal, doravante com tendência oficial<sup>82</sup>. Já no fim do século XII os *Juizes de Deus* foram desacreditados: as *purgationis*, seja a canônica – o *juramento* –, sejam as vulgares – o *duelo* e as *ordálias* – tornam-se *instrumentos obsoletos*.<sup>83</sup>

Nesse período, afirma SORRENTINO, dentro dos muros das cidades converge uma massa enorme de pessoas: parte dela, a mais esperta, dá vida às corporações de ofício medievais; os indivíduos menos aptos, aqueles privados de competência específica, porém dotados de férvida imaginação, improvisam biscates: afiadores de lâminas, acrobatas, lavradores, funileiros, marceneiros, cantores, advinhos e malabaristas levam a sua vida; outros que o não são, ou não têm nenhuma maneira de encontrar no trabalho o meio idôneo para garantir a própria subsistência, na maioria dos casos compõem a trágica transformação, a dolorosa metamorfose do humano em subumano; as pessoas *viles ed abiecte*, situadas nas áreas existentes nas fronteiras da sociedade “normal”, em locais onde são identificados os pólos da miséria e da necessidade, partem para engrossar as filas

---

<sup>81</sup> LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. Trad. Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 01.

<sup>82</sup> AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 57. Também LE GOFF afirma que: “A ativação dos distúrbios sociais evoca uma realidade de desigualdades e lutas que uma harmonia de fachada mascarara durante algum tempo, as crises monetárias mostram a fragilidade de uma economia baseada no dinheiro com a qual as cidades quase se haviam identificado, a multiplicação das reclusões e das exclusões revela o aumento do número de marginais de todos os tipos, a teologia, a literatura e a arte deixam transparecer a inquietude que se exprime principalmente nas cidades”. (LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval...*, p. 02).

<sup>83</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, Vol. I..., p. 16.

da delinquência<sup>84</sup>; nesse turbilhão que envolve mercado, vida urbana, expansão comercial, também se originam *toxinas criminais*.<sup>85</sup>

Por outro lado, é correto indicar o século XII como o momento em que se parte com vigor à exploração dos territórios do saber, nos quais residem as modernas concepções de trabalho, de comércio, de justiça e, em última análise, de Estado soberano. É neste século que as novidades emergem do emaranhado conflito de interesses e afloram em todos os campos do conhecimento. Assim, as disciplinas humanas, nutridas pelo pensamento antigo, aparelham-se de instrumentos e métodos lógicos, os quais, voltados para a pesquisa das causas, modificam a própria essência do homem, erigindo as necessidades, sejam espirituais, favoráveis a todas as alucinações e a todos os delírios, sejam materiais, necessárias para a sobrevivência e que se modificam em obediência às transformações econômicas<sup>86</sup>. Enfim, o século XII é um século burguês, aberto aos desencantados interesses intelectuais.<sup>87</sup>

Era natural que nessa nova sociedade o pensamento não fosse o mesmo daquele desenvolvido nos feudos, ou seja, ligado à tradição platônico-cristã<sup>88</sup>. Assim, “o estudo do material até então mantido em sigilo avança por si, pois a semente das teorias que se nutrem da redescoberta dos textos esquecidos, brota sobre um terreno bastante fecundo, para recolher a verdade revolucionária do pensamento de Aristóteles”<sup>89</sup>. De acordo com Danilo MARCONDES:

(...) o interesse pela obra de Aristóteles, não só a filosófica, a metafísica e os tratados de lógica, mas também científica – os tratados de física, biologia, astronomia –, cresce progressivamente. Entretanto, devido ao predomínio quase que exclusivo da tradição platônica cristã, influenciada em grande parte por Santo Agostinho (...) a penetração do pensamento de

---

<sup>84</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale*. Dall'ordalia all'inquisizione. Rubbettino: Catanzaro, 1999, p. 132-133.

<sup>85</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 17.

<sup>86</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 95.

<sup>87</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 40. Nesse sentido, afirma LE GOFF: “burguesia que dá o tono, se não o tom, à sociedade, e classes trabalhadoras, das quais uma parte – urbana – fornece a massa de mão-de-obra às cidades, e a outra – rural – alimenta a cidade e é penetrada por seu dinamismo. A cultura, a arte e a religião têm uma fisionomia eminentemente urbana”. (LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval...*, p. 01).

<sup>88</sup> Sustenta Danilo MARCONDES que a influência de Santo Agostinho “na elaboração e consolidação da filosofia cristã na Idade Média, até a redescoberta do pensamento de Aristóteles no sec. XIII, foi imensa e sem rival”. (MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 11-112).

<sup>89</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 108. [Tradução livre do original: “(...) lo studio delle materie colte progredisce proprio perché il seme delle teorie che si nutrono della riscoperta di testi dimenticati germoglia su di un terreno così tanto fecondato da raccogliere la verità rivoluzionaria del pensiero di Aristotele”].

Aristóteles é vista como problemática e mesmo herética. Além disso, Aristóteles é conhecido por intermédio das interpretações e traduções árabes, o que o torna duplamente condenável”.<sup>90</sup>

A Igreja temia sobremaneira o pensamento de Aristóteles. Considerava que a sua cosmologia, diversa daquela oficial, não deixava dúvidas sobre um ponto: a natureza segue a continuidade do processo evolutivo regido pela própria e intrínseca racionalidade física. Tal racionalidade responde à lei segundo a qual o homem pode conhecer observando os fenômenos empíricos, analisando e estudando os dados, os quais parecem ser guiados por nexos causais às vezes em contraste com o postulado da ordem universal e, portanto, fora de harmonia com o princípio da origem divina da criação. É justamente por isso que os pontífices não toleram se possa discutir, e ainda pior, colocam em dúvida. Proíbem, assim, que o aristotelismo seja divulgado. Tanto mais são avessos porque seus preceitos hereges, uniformemente distribuídos em um sistema, estendem a sua força lógica também ao campo da política que, na doutrina de Aristóteles, responde às mesmas leis que se encontravam na origem do mundo natural. Em outros termos, o Estado é o ponto mais elevado do instinto de agregação que, ao lado da família, desenvolve a direção da ideia racional do bem comum. É um produto do homem e, portanto, da sua intenção, da *voluntas*, ou seja, de determinar escolhas de acordo com critérios de justiça que residem nas leis da natureza. Leis as quais modelam o conceito de cidadão que participa da vida política juntamente com outros cidadãos, contribuindo assim para formar as pessoas em que a vontade consciente é sede da soberania.<sup>91</sup>

Além disso, a ideologia oficial girava em torno da questão “*ter uma vida que faz sentido*”; esse *sentido* era dado pela Igreja e, particularmente, pelo Papa com seu “*poder das chaves dos céus*”. Eis que daí decorre toda a *fé (crença)* e, por óbvio, toda a *culpa*, muito presente na doutrina cristã, que orienta na direção da busca de *culpados* para perseguir – os *bodes-expiatórios* – ou impõe o flagelo, como punição. Por certo, os problemas não são resolvidos (basta ver o que ocorreu com a *peste negra*), mas se mantém “*o sentido*”.

Em que pesem esses fatores, já no “apagar das luzes do século XII, a lógica aristotélica já espalhou uma inegável influência renovadora e permitiu a escrupulosos pesquisadores retornar aos arquivos da cultura confinada dentro dos

---

<sup>90</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia...*, p. 124. Ver o best-seller *O nome da rosa*, de Umberto ECO. (ECO, Umberto. *O nome da rosa*. 2ª ed. Trad. Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2010).

<sup>91</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 110.



muros dos mosteiros”<sup>92</sup>, mormente através das mãos dos mercadores árabes e judeus.

Nesse mesmo contexto, verifica-se o florescimento das religiões ditas *pagãs*, que passam a ganhar força, instituindo-se, ademais, várias dissidências na própria Igreja Católica; em particular, uma delas atrai uma maior atenção: a denominada seita dos *Cátaros* ou *Albigences*, sediada na cidade de Albi no sul da França<sup>93</sup>; a Santa Sé identifica aí uma grande ameaça aos seus interesses. Conforme ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

(...) a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava que isso era fruto das ‘doutrinas heréticas’ e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma.<sup>94</sup>

E assim, “a verdadeira mudança (...) que se inicia no século XII, é tão radical que é investida em conjunto à estrutura do processo, e sua razão política”<sup>95</sup>; além disso, destaca-se que “a revolução inquisitorial satisfaz exigências comuns a dois mundos: o eclesiástico espreitado pelas heresias, e o civil, no qual a expansão econômica origina criminalidade”.<sup>96</sup>

No ano de 1184 é dado o primeiro passo rumo ao *automatismo persecutório*: a Igreja Católica promove a realização do *Concílio de Verona*, selando a união com o poder laico na luta contra a ameaça herética<sup>97</sup>. Para Luther LINK, essa concentração de poder nas mãos do Papa e do Imperador é a mudança isolada mais importante do final do século XII, asseverando ainda que “ambos deixaram de

---

<sup>92</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 113. [Tradução livre do original: “(...) a partire dagli albori del XII secolo, la logica di Aristotele spande già una innegabile influenza e consente a scrupolosi ricercatori di rionnodare de fila della cultura nascosta, sovente, tra mura di abbazie”].

<sup>93</sup> “Os hereges em questão eram às vezes chamados de “cátaros”, que significava ‘purificados’ ou ‘aperfeiçoados’. Por outros, incluindo os inimigos, eram chamados de ‘albigensianos’ ou ‘albigenses’, designação derivada de um primeiro centro de suas atividades, a cidade sulista francesa de Albi”. (BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 22).

<sup>94</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 2.

<sup>95</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 94. [Tradução livre do original: “La vera modifica (...) che inizia nel XII secolo, è così radicale da investire insieme la struttura del processo, e la sua ragione politica”].

<sup>96</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 16. [Tradução livre do original: “La revolución inquisitorial satisface exigencias comunes a dos mundos: el eclesiástico, asechado por las herejías, y el civil, en la cual la expansión económica origina criminalidad”].

<sup>97</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...*, p. 15-16.

lado as desavenças e se uniram para julgar e separar os povos da Europa em abençoados e condenados”.<sup>98</sup>

A carta de fundação foi a decretal *Ad abolendam*, assinada pelos respectivos poderes, conforme leciona SORRENTINO: “Lucio III, no ano de 1184, conjuntamente com o imperador Frederico Barbaruiva, promulga em Verona a decretal *ad abolendam*. Trata-se de uma medida adotada contra os hereges pela primeira vez em escala européia”.<sup>99</sup>

A decretal encerrava um verdadeiro *índice* de hereges que deveriam ser buscados e condenados<sup>100</sup>, gestando as regras de combate aos opositores de consciência. Conforme Giorgia ALESSI “com a decretal *Ad abolendam* o pontífice Lucio III torna mais incisivos os poderes de intervenção episcopal na repressão da heresia, permitindo iniciar o processo contra este delito com base em denúncias de qualquer caso objeto de suspeita por parte dos ‘jurados’, homens confiáveis das dioceses”.<sup>101</sup> A partir daí:

Mudanças processuais e judiciais decisivas eliminaram a necessidade de acusação para processar os hereges. Os bispos receberam instruções para farejá-los. A Igreja abria os processos e a sentença era executada pelo braço secular. Um edito imperial estabelecia a máquina de enredar, com o poder que o Papa Lucio concedeu às inquisições por ele incentivadas. O papa apontava o herege; o imperador executava-o. O papa mandava-o para o fogo do Inferno; o imperador acendia a fogueira.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> LINK, Luther. *O diabo*. A máscara sem rosto. Trad. Laura Teixeira Motta São Paulo: Cia. das Letras, 1998, p. 109.

<sup>99</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...* p. 165. [Tradução livre do original: “Lucio III, nell’anno de 1184, congiuntamente all’imperatore Federico Barbarossa, promulga in Verona la decretale *ad abolendam*. Si tratta di una misura contro gli eretici adottata per la prima volta su scala europea”].

<sup>100</sup> De acordo com Laura Maria Silva THOMÉ, trata-se de uma “legislação dura, onde o Papa Lúcio III anatematiza todos os hereges discriminando-os por seus nomes (cátaros e patarinos e aqueles que se chamam a si mesmos com o falso nome de humilhados ou *pobres de Lyon*, os passaginos, josefinos e arnaldistas), bem como aqueles que se integram a livre pregação sem terem sido para isso indicados pela Santa Sé ou pelo bispo local, e aos que crêem e ensinam de forma diversa a da Igreja em relação aos sacramentos da eucaristia, do batismo, matrimônio e da penitência e confissão de pecados”. (THOMÉ, Laura Maria Silva. *Da ortodoxia à heresia*. Os valdenses (1170-1215). Curitiba, 2004. 192f. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes – Universidade Federal do Paraná, p. 58).

<sup>101</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p. 36. [Tradução livre: “Con la decretale *Ad abolendam* il pontifice Lucio III rese più incisivi i poteri di intervento vescovile nella repressione delle eresie, consentendogli di iniziare le procedure contro questo delito di ogni caso sospetto da parte di “giurati”, affidabili uomini della diocesi”].

<sup>102</sup> LINK, Luther. *O diabo...*, p. 111.

O aperfeiçoamento das perseguições ocorre com a edição da bula *Vergentis in senium*, em 1199, em que o Papa Inocêncio III equipara a heresia aos crimes de lesa majestade, os delitos mais graves da época.<sup>103</sup>

A perseguição mais incisiva aos hereges se deu por ordem do próprio Inocêncio III no sul da França, contra os *Cátaros* ou *Albigenses*: conduzida sob a batuta de Dominic de Guzmán e de Simon de Montfort, conhecida como *Cruzada dos Albigenses*, foi a primeira Cruzada “lançada num país cristão, contra outros cristãos (por mais hereges que fossem). Além de todas as vantagens explícitas, oferecia, claro, permissão implícita para saquear, pilhar, roubar e expropriar<sup>104</sup>”; as cidades do sul da França, como Tolousse e Carcassone foram completamente arrasadas nessa longa expedição militar promovida a mando da Igreja Católica.

Em 1215 – “ano fortemente simbólico para as imagens da Europa medieval”<sup>105</sup> –, as deliberações do Concílio de Verona são reafirmadas no IV Concílio de Latrão<sup>106</sup>, que fora convocado pelo Papa Inocêncio III dois anos antes, através da bula *Vineam Domini Sabaoth*. Explica SORRENTINO que:

(...) segundo Inocêncio III, o IV Concílio de Latrão deveria deixar uma marca imperecível. Deveria estabelecer, assim, qual a matriz originária de onde reinicia a ação reformadora da Igreja, firmemente decidida a assumir um papel hegemônico dentre as potências da Terra depois de haver removido os obstáculos que se impuseram à sua definitiva afirmação política.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 21-22; LINK, Luther. *O diabo...*, p. 144: “Na virada do século XIII, o papa decretou que a heresia era alta traição, um crime contra o imperador”.

<sup>104</sup> BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição...*, p. 28-29.

<sup>105</sup> A afirmação é de ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p. 51. [Tradução livre do original: “Anno fortemente simbolico per le immagini dell'Europa medievale”], pois nesse mesmo ano os barões ingleses impunham ao Rei João Sem-Terra a *Magna Charta Libertatum*.

<sup>106</sup> De acordo com SORRENTINO, “(...) a cega vingança consumida segundo um ritual bárbaro de indeferenciada crueldade, somente depois do IV Concílio de Latrão prevê punição que, da violência do ato, demonstra aos destinatários do interdito a magistral providência do poder vigilante em avaliar com antecedência e no mesmo instante a importância dos interesses materiais postos em discussão e a carga dos significados existenciais que vem à luz nas mais insignificantes atitudes dos suspeitos. Por essa razão é acentuado o isolamento social dos hereges e toda a coletividade é envolvida na repressão”. [Tradução livre do original: “(...) la cieca vendetta consumata secondo un rituale barbaro di indifferenziata crudeltà, solo dopo il Concilio Laterano IV diventa pena legale che, nella violenza dell'atto, dimostra ai destinatari dell'interdetto la sapiente preveggenza del potere vigile nel valutare in anticipo e nel medesimo instante l'importanza degli interessi materiali posti in discussione e la carica di significati esistenziali che trapelano dai più insignificanti atteggiamenti dei sospettati. Per questa ragione è accentuato l'isolamento sociale degli eretici e tutta la collettività è coinvolta nella loro repressione.”] (SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 165).

<sup>107</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 154. [Tradução livre do original: “(...) secondo Innocenzo III, il Concilio Laterano IV deve lasciare una impronta imperitura. Deve porsi, cioè, quale matrice originaria da cui riparte l'azione riformatrice della Chiesa, fermamente decisa ad assumere da cui riparte mere un ruolo egemone tra le potenze della Terra dopo aver rimosso gli ostacoli che si frappongono alla sua definitiva affermazione politica.”]

O Concílio objetivou estruturar um projeto de reforma eclesiástica que adquiriu forma nos seguintes tópicos fundamentais: a) organização e centralização de toda a hierarquia eclesiástica no pontífice romano; b) luta contra o poder laico na Igreja; c) disciplina do clero.

Traduzindo em regra canônica os pensamentos especulativos teológicos, estabeleceu, ao mesmo tempo, os demais pilares fundamentais sob os quais seria edificado o destino do processo inquisitório<sup>108</sup>. Daí resultou a vedação de todo o aporte litúrgico das ordálias e também a proibição que os sacerdotes lhe dessem créditos<sup>109</sup>: já eram intoleráveis máquinas judiciais tão rudimentares<sup>110</sup>. Além disso, foi intensificada sobremaneira a atuação dos tribunais eclesiásticos<sup>111</sup>, instituindo o caráter supérfluo da acusação formal e a supervalorização das suspeitas e dos indícios<sup>112</sup>. De acordo com CORDERO, “que os acusadores sejam supérfluos e ao processo bastem as suspeitas, é máxima que aparece no IV Concílio de Latrão, 1215”.<sup>113</sup>

A partir daí, nada proíbe intervenções *ex officio*. É modificada a interioridade do juiz, já que desde então se sobrepunha impassível à contenda; doravante, opondo-se aos inimigos ocultos, converte-se em *órgão militante*. Nasce uma mística: sua função é descobrir e eliminar heresias ou delitos, combater poderes maléficos, em uma *cruzada cotidiana*; é seu dever que o mundo não termine devorado pelo diabo; acaso se mantivesse neutro, seria cúmplice do inferno: os escrúpulos seriam sinônimo de covardia.<sup>114</sup>

E se antes o processo penal arrancava da *ação*, nesse momento passa a se mover com base na *delação*, disseminando-se, de forma generalizada, as denúncias

<sup>108</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 180.

<sup>109</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 16-17.

<sup>110</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 40.

<sup>111</sup> Conforme SORRENTINO, “Inocêncio III estabelece que os hereges, sejam clérigos ou laicos, uma vez descobertos, devem ser condenados em sede canônica e, sucessivamente, se não demonstrarem ativamente seu arrependimento, devem ser abandonados, sem qualquer possibilidade de escapatória, ao braço secular competente para executar a ‘sentença’”. [Tradução livre do original: “Innozenzo III stabilisce che gli eretici, siano essi chierici o laici, una volta smascherati, debbono essere condannati in sede canonica e, successivamente, qualora non dimostrino attivamente il loro pentimento, debbono essere abbandonati, senza alcuna possibilità di scampo, al braccio secolare competente ad eseguire le sentenze”]. SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale...*, p. 166.

<sup>112</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 22.

<sup>113</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 46. [Tradução livre do original: “Che gli accusatori siano superflui e al processo bastino dei sospetti, è massima risalente al IV Concilio Laterano, 1215”].

<sup>114</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 20-21.

anônimas, mormente através de locais apropriados, denominados *bocas da verdade*<sup>115</sup>. Portanto:

Na primeira metade do século XIII se apresenta organicamente a revolução inquisitória, anunciada pelo IV Concílio de Latrão. De expectador impassível que era, o juiz se converte em protagonista do sistema, excluídas as heresias ou descobertos os delitos. Modificam-se as técnicas; não há debate contraditório; tudo se leva à cabo secretamente; no centro está, passivo, o investigado; culpado ou não, sabe algo e está obrigado a dizê-lo. A tortura estimula os fluxos verbais contidos. Soberano da partida, o inquisidor elabora uma hipótese dentro de um marco paranóide; e assim surge o casuísmo impuro das confissões contra os corréus, às vezes obtidas com promessas de impunidade. De fato é um sistema legalmente amorfo, pois em segredo, esse método introspectivo e o compromisso ideológico dos que atuam excluem vínculos, formas e termos: *o que conta é o resultado*. Floresce uma retórica apologética cujos argumentos ressoam, como tais, em lugares e momentos distintos.<sup>116</sup>

Aproximadamente uma década mais tarde, por todo o império tornou-se lícito queimar hereges<sup>117</sup>: com precedentes na Roma Imperial, “a morte pelo fogo era castigo padronizado para parricídio, sacrilégio, incêndio criminoso, bruxaria e traição. Aí residia o precedente para tratar os hereges”.<sup>118</sup>

No ano de 1231, o imperador Frederico II promulga editos de perseguição aos hereges, em razão do receio de possibilidade de divisão do reinado<sup>119</sup>. Como resposta à reação do imperador, o Papa Gregório IX nomeia inquisidores e reivindica para a Igreja a tarefa repressiva através da *Constitutio Excomuniamus*, que deu base jurídica plena à Inquisição católica<sup>120</sup>, criando o *Tribunal do Santo*

<sup>115</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 33.

<sup>116</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 19. [Tradução livre do original: “En la primera mitad del siglo XIII se presenta orgánicamente la revolución inquisitorial, anunciada por el IV Concilio de Letran. De espectador impassible que era, el juez se convierte en protagonista del sistema, excluidas las herejías o descubiertos el delito. Cambian las técnicas; no hay debate contradictorio; todo se lleva a cabo secretamente; en el centro está, pasivo, el investigado; culpable o no, sabe algo y está obligado a decirlo. La tortura estimula los flujos verbales contenidos. Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide; y así surge el casuismo impuro de las confesiones contra los correos, a veces obtenidas con promesas de impunidad. De hecho, es un sistema legalmente amorfo, pues el secreto, ese método introspectivo y el compromiso ideológico de los que actúan excluyen vínculos, formas términos: *Lo que cuenta es el resultado*. Florece una retórica apologética cuyos argumentos resuenan, como tales, en lugares y momentos distintos”].

<sup>117</sup> LINK, Luther. *O diabo...*, p. 114.

<sup>118</sup> BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição...*, p. 45-46.

<sup>119</sup> De acordo com BAIGENT e LEIGH, o imperador Frederico II não podia ser encarado como um modelo de cristão, pois “mergulhou em doutrinas visivelmente heterodoxas. Cultivava um extenso conhecimento do pensamento islâmico e judaico. Era adepto praticante de alquimia, astrologia e outros aspectos que hoje se chama de esoterismo. Não morria de amores nem pela Igreja Católica nem pelo Papa, que repetidas vezes o acusou de heresia e duas vezes o excomungou”. (BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição...*, p. 46).

<sup>120</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 30.

*Ofício*. Desse modo, “em 1231, a Inquisição papal tornou operacional a máquina de imposição da lei”.<sup>121</sup>

Em 1233 é editada a bula *Licet ad capiendos*, dirigida aos dominicanos inquisidores que, em virtude desse édito, “receberam autoridade papal para prender suspeitos de heresia sem qualquer possibilidade de apelação – e assim, com efeito, pronunciar sumárias sentenças de morte”<sup>122</sup>, inclusive podendo solicitar, se necessário, a ajuda das autoridades seculares.

A consolidação definitiva da Inquisição canônica se dá sob o papado de Inocêncio IV, em 1252, com a edição da bula *Ad Extirpanda*, que institucionaliza a *tortura* aos acusados: incorporada ao arsenal judiciário, a tortura aí permanece por cinco séculos<sup>123</sup>. Observa Giorgia ALESSI, que “a legitimação conferida à tortura judiciária pela bula *Ad extirpanda*, emanada por Inocêncio IV em 1252, com inusitado protagonismo desde então atribuído à confissão judiciária, marcou a definitiva conversão da investigação medieval no processo inquisitório: autoritário e informal, no sentido da prioridade atribuída à pesquisa material dos fatos, do delito”.<sup>124</sup>

A tortura e suas conseqüentes *palavras forçadas* era um meio clássico para se arrancar a verdade dos acusados, sendo notável a *fome investigativa* dos inquisidores que, providos de instrumentos virtualmente irresistíveis, torturam os *pacientes* como bem querem; no interior do seu *marco cultural pessimista* o animal humano *nasce culpado* e, encontrando-se corrompido o mundo, basta se escavar um ponto qualquer para que o mal aflore: o acusado é uma *besta* que deve confessar e que deve ser explorado a fundo.<sup>125</sup>

Desse modo, descreve CORDERO que “as estruturas emergem lentamente: no princípio são os delegados do Papa que inquirirem, depois entram em cena os

<sup>121</sup> LINK, Luther. *O diabo...*, p. 96.

<sup>122</sup> BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição...*, p. 39.

<sup>123</sup> Conforme ILLUMINATI, na repressão às heresias, a Igreja não podia tolerar nem a acusação privada nem o contraditório: sendo Deus o ofendido e o objetivo a salvação das almas, a verdade deveria ser estabelecida de qualquer modo. O esclarecimento do delito e a conseqüente pena são, portanto, encomendadas à autoridade pública, que age no interesse do acusado, o que explica que seja este forçado a colaborar. A tortura assume também uma função “medicinal”, pois através do sofrimento o imputado encontrava um modo de se arrepender e de salvar a sua alma (ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia...* p. 140).

<sup>124</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p. 37 [Tradução livre do original: “La legittimazione conferita alla tortura giudiziaria dalla bolla *Ad extirpanda*, emanata da Innocenzo IV nel 1252, con l’inusitato protagonismo da allora attribuito alla confessione dell’inchiesta medievale nella procedura inquisitoria: autoritaria e informale, nel sendo della priorità assegnata alla ricerca materiale dei fatti, del delito”].

<sup>125</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 22-23.

dominicanos; primeira aparição em Firenze, 20 de junho de 1227; quando Inocêncio IV emite a bula 'Ad Extirpanda', 25 de maio de 1252, o aparato assume figuras definitivas"<sup>126</sup>.

Trabalhando no *Tractatus de maleficiis* o compilador do pensamento penal do século XIII, Alberto GANDINO, dá o fundamento jurídico ao sepultamento do *actum trium personarum*:

Quando Alberto Gandino trabalha no "Tractatus de maleficiis" ("cum assiderem Perusii", em cujo arquivo aparece nos últimos meses de 1286 a 27 de março de 1287), l'actus trium personarum pertence ao passado: "no direito civil, como regra, para as coisas maléficas é necessária uma acusação", estando nas fontes romanas, "mas hoje em dia..., os juízes... conhecem inquisitorialmente, por ofício próprio, a respeito de qualquer malefício"; devoto do sistema, o autor tenta uma defesa jurídica da nova práxis ("parece que eles podem fazer isso por seus direitos..."), colocando na ribalta quatro textos do Digesto, um das "Novelle", dois do "Codex"; depois revela as cartas; "e assim normalmente atuam os juízes por costume, como anota o senhor Guido" de Suzzara "e também observei comumente, embora seja contra o direito civil".<sup>127</sup>

Ainda de acordo com CORDERO, GANDINO disserta sobre a seguinte questão: o que é a acusação e quando o acusador é necessário (*quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*)? Atém-se a regra segundo a qual "sem acusador não pode haver o conhecimento do delito, nem a imposição da pena" (*sine accusatore non procedit criminis cognitio vel pena impositio*), concluindo que "este... é necessário em casos especiais" (*hoc... fallit in casis specialibus*), enumerando, de forma confusa, dezessete casos; em seguida, expõe a forma em que se julgam os delitos por inquisição (*quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*); observa que não existem limites para o aparato investigativo e que, dali em diante, os juízes decidem acerca de qualquer delito"<sup>128</sup>. Ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que:

<sup>126</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 46 [Tradução livre do original: "Le strutture emergono lentamente: prima inquisiscono dei legati papali: poi vengono sulla scena i domenicani; apparizione precoce a Firenze, 20 giugno 1227; quando Innocenzo IV emette la bolla 'Ad Extirpanda', 15 maggio 1252, l'apparato ha assunto figure definitive".]

<sup>127</sup> Tradução extraída de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito e processo penal...*, p. 28, do original: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 46-47: "Quando Alberto Gandino lavora al "Tractatus de maleficiis" ("cum assiderem Perusii", nel cui archivio figura dagli ultimi mesi del 1286 al 27 marzo 1287), l'actus trium personarum appartiene al passato: "de iure civili in maleficiis regulariter necesse est accusatio", stando alle fonti romane, "sed hodie... iudices... de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo"; devoto al sistema, l'autore tenta una difesa giuridica della nuova prassi ("quod videntur posse facere per hee iura..."), tirando in ballo quattro tesi dal Digesto, uno dalle Novelle, due dal Codex; poi scopre le carte; "et ita servant iudices de consuetudine, ut notat dominus Guido" da Suzzara, "et ut vidi communiter observari, quanvis sit contra ius civile".

<sup>128</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 21.

(...) o controle direto do direito processual penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustentava. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência de partes, no sentido que hoje empregamos ao termo.<sup>129</sup>

Diante disso tudo, desenvolve-se um *teorema óbvio*: culpado ou inocente, o acusado é invariavelmente o depositário das verdades históricas: “o acontecido constitui um dado indelével, com as respectivas memórias; se ele as deixasse transparecer, todas as questões seriam liquidadas com certeza; basta que o inquisidor entre na sua cabeça. Os juízos tornam-se psicoscopia”.<sup>130</sup>

Na metamorfose verificada no século XIII se liquidam as formas, as controvérsias e uma série de axiomas elementares, tendo em vista a verdade histórica: o labor do investigador se direciona a busca dos *signos do delito*, trabalhando sobre os acusados, pois culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-los dizer.<sup>131</sup>

É necessário o castigo<sup>132</sup>, mesmo que não exista uma acusação formal contra o imputado e, ao automatismo persecutório lhe corresponde uma perspectiva distinta, desde a instrução até a decisão.<sup>133</sup>

Os *fluxos verbais* são multiplicados, sendo imprescindível que o acusado fale; o processo é transformado em *sonda psíquica* e o inquisidor trabalha livremente, indiferente aos limites legais, porém recolhe toda sílaba: a obsessão

---

<sup>129</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 23 e 24.

<sup>130</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 48-49 [Tradução livre do original: (...) l'accaduto costituisce un dato indelebile, con le relative memorie; se quanto lui sa trapelasse, ogni questione sarebbe liquidabile a colpo sicuro; basta che l'inquisitore gli entri nelle testa. Il giudizio diventano psicoscopia"].

<sup>131</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. II. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 29.

<sup>132</sup> Observa Pierre LEGENDRE “(...) sob as proposições algumas vezes delirantes de sua simbólica e pelos procedimentos classificatórios da justificação repressiva, a Lei estipula, para sujeitos indistintos e desconhecidos, um universo idealizado da falta e destina ao pobre-pecador-doente de sua falta (...) o benefício de uma pena, de uma perseguição legítima (fundada como tal pelo discurso) de que se espera a reconciliação, acréscimo do ilusório” (LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*. Ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Menezes e Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p. 34).

<sup>133</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 20.



microanalítica desenvolve um *formalismo gráfico*; nenhum fato é realmente um fato enquanto não figure no papel.<sup>134</sup>

Trata-se de um jogo perigoso, pois o escrivão redige com liberdade, seletivamente atento ou surdo aos dados, conforme convalidem ou não as hipóteses; e sendo as palavras uma matéria plástica (os acusados a lançam torrencialmente), qualquer conclusão se torna possível: nesses quadros manipuláveis o astro poético desenvolve um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela autocrítica.<sup>135</sup>

Por óbvio, o sistema inquisitório exclui a possibilidade de qualquer espécie de diálogo, direcionando o processo penal a um *trabalho solitário*: “o instrutor elabora hipóteses e as cultiva, buscando provas; quando as descobre, as adquire”.<sup>136</sup>

Esse sistema continuará imperando na passagem dos modelos políticos das cidades livres aos governos absolutos da Europa continental, ou seja, o sistema inquisitório seguirá sendo o modo normal de proceder e se generaliza, provavelmente também por ser mais funcional para as novas estruturas de poder<sup>137</sup>. Com isso se quer dizer que a estrutura processual penal canônica foi de determinante influência, e vice-versa, na grande codificação europeia iniciada no final do século XV e consolidada no curso do século XVI. De acordo com FERRAJOLI:

O que interessa, sem embargo, é que – uma vez que se afirmou o princípio segundo o qual “*iudex ex officio procedere potest in criminalibus etiam absente accusatore*” – o processo inquisitório assumiu prontamente, de fato, um caráter ordinário, difundindo-se depois do século XVI em todo o continente europeu; generalizando-se para todo tipo de delitos; complicando-se em virtude da multiplicação dos foros e das incertezas das competências; organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitivas, práticas de tortura e cânones de processamento, originando e, por sua vez, alimentando-se daquele “amontoado de formalidades” de “intrigas e labirintos”, inventados pelas “milícias togadas” e pelas “legiões doutorais” que durante cinco séculos infectaram a Europa, tornando a doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 285.

<sup>135</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 23.

<sup>136</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. II..., p. 47. [Tradução livre do original: “Trabajo solitario: el instructor elabora hipótesis y las cultiva; cuando las descubre, las adquire”.]

<sup>137</sup> ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia...*, p. 140.

<sup>138</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 566 [Tradução livre do original “Lo que interesa, sin embargo, es que – una vez que se afirmó el principio según el cual “*iudex ex officio procedere potest in*

A utopia de uma justiça simples, popular, não tinha futuro: a *Constitutio criminalis Carolina*, promulgada por Carlos V em 1532; a *Ordonnance sur le fait*, de agosto de 1539, com a qual Francisco I confirmava a forma extraordinária da justiça criminal em relação à civil; a *Ordonnance criminelle* que Felipe II e o duque de Alba impôs aos Países Baixos espanhóis, provocando naquele território uma feroz resistência. Cada uma dessas intervenções normativas acolhe, ainda que com notável diferença, o esquema inquisitório de processo e os institutos dele derivados: caráter sigiloso e ofensivo da instrução; persecução obsessiva da confissão do réu; predeterminação de cada prova pelo juízo; larga utilização da forma escrita. Na segunda metade do século XVI, a distância entre as formas próprias da inquisição católica contra os delitos que atentassem contra a ortodoxia em matéria de fé e os procedimentos dos tribunais seculares se atenuaram: em ambos os foros prevaleceram os princípios de valor da fama, da divisibilidade da prova, da centralidade da confissão.<sup>139</sup>

Em razão da grande influência da Igreja Católica na Itália “generalizou-se aí esta concepção a partir do século XV, sendo por isso conhecida também – sobretudo na Alemanha, onde recebeu a consagração legislativa plena na *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) – pela designação de *processo canónico-italico*”.<sup>140</sup>

Na França foram instilados os princípios canônicos-autoritários típicos do sistema inquisitório através de uma extensa evolução de três séculos<sup>141</sup>, que se firmou a partir das *Ordonnances* de Luís XII (1498); os Estados Gerais intervieram nesta legislação em quatro outras Ordenações: Francisco I (agosto de 1536 e 1539), Francisco II (janeiro de 1560), Henrique III (maio de 1579). Luís XIV as codificou em

---

*criminalibus etiam absente accusatore*” – el proceso inquisitivo asumió muy pronto, de hecho, carácter ordinario, difundiendo después del siglo XVI en todo el continente europeo; generalizándose para todo tipos de delitos; complicándose a causa de la multiplicación de los fueros y lo incierto de las competencias; organizándose según un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento; generando y, a su vez, alimentándose, de aquella “multitud de formalidades” de “intrigas y laberintos” inventados por las “milicias togadas” y las “doctorales legiones” que durante cinco siglos infectaron Europa, haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores”.]

<sup>139</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p. 67-68.

<sup>140</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal...*, p. 63.

<sup>141</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 33.

1670, e aí o desenvolvimento orgânico e a *clínica da sabedoria técnica* do sistema inquisitório atinge o seu apogeu.<sup>142</sup>

No centro da *Ordonnance Criminelle* de 1670, encontravam-se dois homens: Henry Pussort, conselheiro de Estado e tio do ministro Jean-Batiste Colbert; e Guillaume de Lamoignon, primeiro presidente do Parlamento parisiense, os quais a historiografia atribui orientações e funções diametralmente opostas: o primeiro, de inflexível rigor repressivo; o segundo, de razoável garantismo<sup>143</sup>.

Em linhas gerais, a *Ordonnance Criminelle* de 1670 não diferia dos marcos estabelecidos pela legislação dos quinhentos: centralidade do procurador do rei, possível coincidência entre acusador de ofício e juízo, sigilo e forma escrita da instrução, subtraída a assistência legal (defesa). Todavia, o texto da lei era muito mais difuso em relação às legislações antecedentes; a sequência processual minuciosamente regulada em diferentes fases: propositura da ação, instrução preparatória, instrução definitiva, juízos interlocutórios, juízo definitivo, apelo. Ainda que o processo pudesse desencadear-se também com a denúncia de um particular ao *procureur du roi* – que nas cortes senhoriais assumiam o nome de *procureur fiscal* – o ato inaugural era por excelência constituído pela *plainte* (denúncia), mesmo na acusação apresentada pela vítima, que nesse caso deveria necessariamente se constituir como parte civil, ou por procurador. Cada juiz podia também perseguir de ofício um crime, de acordo com a máxima segundo a qual qualquer juiz é procurador-geral. Nesses casos, o juiz poderia iniciar as primeiras investigações sem conceder qualquer comunicação ao procurador<sup>144</sup>. Porém, explica CORDERO, “de qualquer modo que seja iniciada a investigação, não há processo sem ministério público”.<sup>145</sup>

A manifesta tendência inquisitorial da *Ordonnance* encontrava-se no emprego da tortura, sendo esta distinguida em duas espécies (tít. 19, arts. 1º e 3º): a *preparatória*, com fins de instrução, quando a prova não fosse suficiente para a condenação; e a *prévia* infligida ao condenado à morte, a fim de que revelasse o nome dos mandantes e dos cúmplices. Segundo Franco CORDERO, os seus

<sup>142</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 19-20 e 27.

<sup>143</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p. 109.

<sup>144</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo penale...*, p. 109.

<sup>145</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 26. [Tradução livre do original: “Pero de cualquier modo que sea iniciada la investigación, no hay proceso sin ministerio público”].

defensores a consideravam perfeita e o era; diferenciada pelo tecnicismo, a obsessão inquisitória nela alcançou uma pureza metafísica.<sup>146</sup>

E, nesse passo, a *inquisição religiosa* converte-se na *inquisição laica*, modelo processual determinante à centralização do poder real e ulteriormente aos Estados Absolutistas. Por óbvio que nesse modelo processual penal, sendo o julgador o *senhor do processo*, demarca aquilo que CORDERO denominou *lógica deforme*, no seguinte sentido:

A solidão na qual trabalham os inquisidores, nunca expostos ao contraditório, distantes de interpretações dialéticas, pode ser que ajude no trabalho policesco, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamo-lhes “primado das hipóteses sobre os fatos”: quem inquirir segue uma hipótese; às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem que este labor estimule a cautela autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão, e foi ele que as colocou na mesa, aponta na direção da ‘sua’ hipótese”.<sup>147</sup>

Em outras palavras, no sistema inquisitório, o protagonismo do juiz permite que ele execute sua tarefa da maneira como bem entender: ao conceber “a” hipótese, sobre ela edifica *cabalas indutivas*; e aí a ausência do debate contraditório abre uma fenda lógica ao *pensamento paranóide*; as tramas são destiladas e eclipsam os fatos; o dono do tabuleiro dispõe as peças como melhor lhe convém; cria-se um mundo verbal semelhante ao onírico: tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos, flutuam e se movem em quadros manipuláveis.<sup>148</sup>

Enfim, o inquisidor conduz o seu mister de forma mecânica trazendo, por meio da instituição, uma Salvação, não sendo “sensato zombar dele, pois ele não pode ouvir nem entender a crítica”.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 34.

<sup>147</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*..., p. 51 [Tradução livre do original: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai sposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma iviluppa quadri mentali paranoidei. Chiamamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi, niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, nè questo mestieri stimola cautela autocrítica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta ‘della’ ipotesi”].

<sup>148</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 23.

<sup>149</sup> LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*..., p. 28.

### § 3 – Modelo Napoleônico ou Reformado de Processo Penal

Na Europa do fim do século XVIII – com exceção da Inglaterra, onde a inquisição nunca prosperou – imperava o sistema inquisitório, o que correspondia, de forma direta, ao caráter autoritário dos Estados então governados.

Era natural que a Revolução Francesa, inspirada pelo pensamento iluminista, trouxesse consigo, ao menos inicialmente, a adoção de um sistema acusatório baseado em uma ampla participação dos cidadãos nos órgãos judiciais, em coerência com o readquirido papel central do indivíduo e o reconhecimento de seus direitos fundamentais. O modelo que serviria de referência era o inglês, principalmente na questão da participação popular, através dos jurados na administração da justiça. Conjuntamente, quase como uma consequência lógica, o processo penal deveria apresentar as características da oralidade, do contraditório e da publicidade, além da livre formação da convicção pelo juiz.<sup>150</sup>

Nesse passo, entre 1789 e 1791, o júri é introduzido em França, tanto para o exercício da acusação quanto para o julgamento; instituiu-se, ainda, a publicidade do juízo, o direito de defesa, a contradição probatória, a oralidade e a mediação do juízo. Essa sistemática foi implantada basicamente da seguinte forma: a Lei de 11 de agosto de 1789 aboliu as *justiças senhoriais* e a Lei de 08 de outubro de 1789 dá publicidade às audiências; posteriormente, a Assembléia Constituinte (sob a inspiração de Danton), além de confirmar a publicidade das audiências na Constituição de 03 de setembro de 1791, reestrutura a organização judiciária pela Lei de 16-29 de setembro de 1791, inspirada em técnicas do *sistema inglês*: a investigação dos crimes é encarregada a um *juiz de paz*; em seguida, atribui-se a um *juiz togado* (*directeur du jury*) a função de colher a prova para que o *júri de acusação*, composto por oito jurados, decida pela procedência ou improcedência da

---

<sup>150</sup> ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia...*, p. 141. No mesmo sentido, explica FERRAJOLI que a batalha cultural e política contra a irracionalidade e a arbitrariedade do processo inquisitório é um dos motivos que animaram a Ilustração reformadora. Assim, de Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e Pagano, todo o pensamento ilustrado estava de acordo em denunciar a inumanidade da tortura e o caráter despótico da inquisição, assim como o descobrimento do valor garantista da tradição acusatória, recepcionada pelo ordenamento inglês. Por isso que na fase imediatamente posterior à Revolução francesa foi adotado o sistema acusatório, baseado na ação popular, os jurados, o contraditório, a publicidade e a oralidade do juízo e a livre convicção do juiz. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 566).

acusação; sendo a decisão pela procedência, o acusado era submetido ao *júri de julgamento*, formado por doze jurados, que deveriam decidir sobre o mérito.<sup>151</sup>

Porém, explica FERRAJOLI, a experiência acusatória no continente europeu não durou além dos anos da Revolução: já no Código Termidoriano de 1795 e após, no Código Napoleônico de 1808, deu-se vida àquele *monstro* nascido da união do sistema acusatório com o sistema inquisitório<sup>152</sup>.

Destarte, é o *Code des délits et des peines* que determinará o início da derrocada da tendência acusatória do sistema processual que até então vinha sendo implementado na França: viciosamente perfeito, porém fortemente defeituoso na prática, ao combinar escrúpulo analítico e espírito garantístico, o *Code des délits et des peines* concedia extensos poderes ao juiz presidente do júri, que estava autorizado a utilizar todos os esforços úteis para descoberta da verdade.<sup>153</sup>

Porém, é a partir de 18 brumário do ano VIII no calendário da Revolução francesa (correspondente a 09 de novembro de 1799, no gregoriano), com Napoleão Bonaparte ascendendo ao poder e pondo em marcha uma extensa empreitada legislativa, que se verificou o regresso ao Antigo Regime. Na verdade, com Napoleão, “o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, transcrito, mas não demolido”<sup>154</sup>. Conforme CORDERO:

(...) os cônsules Bonaparte, Cambacérès e Lebrun, anunciam que a “revolução terminou”, e submetem a um plebiscito a nova Constituição (24 de frimário, isto é, 15 de dezembro), sob a insígnia dos ‘poderes fortes e estáveis’; nela se contempla a abolição do acusador público eletivo (tit. 5, art. 63), cujos poderes passam ao comissário, nomeado e exonerável pelo primeiro cônsul (com substitutos em todos os lugares em que ao governo pareça conveniente instituir-los, art. 35 da Lei 7 pluvioso do ano IX, ou seja, de 18 de março de 1800); com nome distinto, renasce o procurador do rei. Nesta fórmula se produz uma metamorfose autoritária.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> Conferir: BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 36 e 38; CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 61; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 38.

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 566.

<sup>153</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 65-66.

<sup>154</sup> LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 181.

<sup>155</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 51 [Tradução livre do original: “(...) cuando los cónsules Bonaparte, Cambacères y Lebrun, anuncian que “la revolución ha terminado”, y someten a plebiscito la Constitución (24 del frimario, esto es, 15 de diciembre) bajo la insignia de los “poderes fuertes e estables”; en ella se contempla la abolición del acusador público electivo (tit. 5, art. 63), cuyos poderes pasan al comisario, nombrado e revocable por el primer cónsul (con substitutos en todos los lugares en que al gobierno le parezca conveniente instituirlos, art. 35 de la ley del 27 del ventoso del año VIII, o sea del 18 de marzo de 1800); con nombre distinto renace el procurador del rey. En esta forma se produce una metamorfosis autoritaria”.]

Entretanto, a sedimentação efetiva do retorno à tendência inquisitória ocorre com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que passou a vigorar em 1º de janeiro de 1811. De acordo com BARREIROS:

Esse Código traduzia (...) uma solução de compromisso entre os sistemas, inquisitório do Antigo Regime e o acusatório do “direito intermédio”, pois que manteve a filosofia inquisitória para a instrução preparatória – escrita, secreta, sem assistência de advogados mas, apesar de tudo, confiada ao juiz de instrução criado pelo Directório – limitando a regra acusatória para a audiência do julgamento, que era pública, oral, contraditória e na qual a matéria de facto era decidida por um júri.<sup>156</sup>

E assim, pela Lei de 17 de novembro de 1808, nasceu o denominado *processo misto*, “monstro de duas cabeças: nos labirintos escuros da *instruction* reina Luís XIV; segue uma cena disputada *coram populo*. Para alguns um *capolavoro* (...). Jean Constantin, Charles Doumoulin, Pierre Ayrault, julgam-na menos bem: existe um abismo, nota o último, entre ‘instrução secreta’ e pública”.<sup>157</sup> No centro da legislação, a figura de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, “conselheiro muito ouvido, *grand juge*, futuro arquichanceler do Império”<sup>158</sup>.

É preciso compreender que, mesmo determinando a aparição de novas fórmulas, no *Code d'Instruction Criminelle* não há um sistema processual penal novo. Tanto assim que Faustin HÉLIE explica que:

(...) nenhuma das fontes do *Code d'instruction criminelle* é moderna: com efeito, basta verificar suas disposições para constatar que todas aquelas relativas ao exercício da ação pública e da ação civil, aos direitos e às obrigações do Ministério Público e da parte civil, pertencem à legislação fundada pelas *ordonnances* de 1539 e 1670; que as principais formas de processo escrito remontam, através das mesmas *ordonnances*, a uma fonte ainda mais antiga, às regras do direito eclesiástico; que os princípios de instrução oral e pública, emprestados diretamente da legislação de 1791, não são senão um retorno aos princípios que vigoraram em França durante dez séculos, senão uma reprodução das formas do nosso processo anterior ao século XVI, uma imitação das regras ainda mais antigas do processo grego e do processo romano; enfim, que as disposições que tem por objeto

<sup>156</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 38.

<sup>157</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 73-74. [Tradução livre do original: “E così, dalla L 17 novembre 1808, nasce il processo cosiddetto misto, mostro a due teste: nei labirinti bui dell’instruction regna Luigi XIV, segue una scena coram populo. A qualcuno sembra un capolavoro (...). Jean Constantin, Charles Doumoulin, Pierre Ayrault, la giudicavano meno bene; c’è un abisso, nota l’ultimo, dall’ “instruction secrète” alla palese”.]

<sup>158</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 70. [Tradução livre do original: “(...) consiglieri ascoltissimo, grand-juge, futuro archichancelier de l’Empire”]. Conforme Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “Cambacérès segue, desde o inferno, gozando a dor da injustiça que se perpetua pelo mundo, sempre em nome da Verdade, das boas intenções dos inquisidores (basta estar naquele *lugar* para ser um deles) e do chamado “*Sistema Misto*” (Inquisitorial, agregado com elementos outros), apresentado como “*Sistema Acusatório*” (...). (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 10).

a apelação e vias recursais, reencontram suas origens nas disposições do direito feudal.<sup>159</sup>

Promovida a abolição dos jurados para a acusação, a primeira fase da persecução – em que se procedia a busca e a produção das provas – ficava a cargo do juiz instrutor, através de um procedimento escrito e secreto; ao final dessa fase, se consideradas suficientes as provas para imputar ao acusado a prática de um delito, os autos eram remetidos ao procurador-geral, que formalizava a acusação perante a *chambre d'accusation*, que se incumbia de decidir se o imputado deveria ser submetido ao tribunal dos jurados (*cour d'assises*). Somente chegando a este ponto se abria um limitado espaço ao contraditório, com a designação de um advogado de defesa e a possibilidade de que este pudesse ter vista dos autos com as diligências praticadas na instrução. Perante a *cour d'assises*, na presença dos jurados, se iniciava uma fase pública e oral, com a participação da defesa e com respeito ao princípio do contraditório na produção da prova. Porém, o caráter acusatório do juízo aí é mais aparente do que real: mesmo que os testemunhos fossem prestados oralmente, por outro lado, tomava-se nota de todas as variações que se produzissem em relação às declarações prestadas ao juiz de instrução e, ainda, o presidente podia transmitir aos membros do corpo de jurados qualquer informação útil acerca dos atos realizados na fase de instrução, informação essa que se encontrava em suas mãos; em todo caso, a leitura das diligências de instrução, mesmo não autorizada pela lei, não constituía causa de nulidade.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité d'instruction criminelle ou theorie du Code d'Intruction Criminelle*. Vol. I. Paris: Charles Hingray, 1845, p. 13-14. [Tradução livre do original: Or, toutes les sources du Code d'instruction criminelle nelle ne sont pas modernes: il suffit, en effet, de parcourir ses dispositions, pour constater que toutes celles qui sont relatives à l'exercice de l'action publique e de l'action civile, aux droits et aux obligations du ministère public et de la pertie civile, appartiennent à la legislation fondée par les ordonnances de 1539 et de 1670; que les principales forms de la procédure écrite remotent, à travers ces mêmes ordonnances, à une source plus ancienne encore, aux règles du droit ecclésiastique; que les principes de l'instruction orale et publique, empruntés directement à la legislation de 1791, ne sont qu'un retour aux principes que ont régi la France pedant dix siècles, qu'une reproduction des formes de notre procédure antérieure au seizième siècle, que une imitation des règles plus anciennes encore de la procédure grecque et de la procédure romaine, enfin, que les dispositions qui ont pour object l'appel et voies de recours, retrouvent leur origine dans le dispositions du droit féodal.]

<sup>160</sup> ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia...*, p. 141, baseando-se nas seguintes lições de CORDERO: “Da instrução ao debate ‘se passa da obscuridade à luz plena’; lá se tratava de um labirinto obscuro e secreto, inteiramente parcial e rodeado por interesses repressivos; aqui ‘tudo é publicidade, debates orais, livre defesa e plena acusação’. Inquisição e espetáculo acusatório; mas, conforme temos notado, trata-se de uma distribuição aparente: os autos instrutórios pesam sobre a decisão; o art. 318 prevê que sejam anotadas em ata as ‘adições, modificações ou variações... entre a declaração de uma testemunha e suas declarações anteriores’; e não estando explicitamente proibida a leitura das declarações das testemunhas ausentes (...) parece inevitável um amplo uso das leituras”. [Tradução livre do original: “De la instrucción al debate ‘se pasa de la oscuridad a la luz



Napoleão pretendia, ainda, acabar com o júri de julgamento, porém o Conselho de Estado, em fidelidade aos princípios da Revolução, apresentou oposição.

E desse modo foi concebido o denominado *processo misto*: composto de longas instruções, expedientes confusos, debates orais, com muitas leituras e algumas declarações; dele resultou a satisfação dos partidários da *Ordonance Criminelle* de 1670, pois os debates eram uma suportável contrapartida da resolução instrutória; lastimaram que ainda existissem jurados<sup>161</sup>. Ainda que excluía a tortura, nele estavam reencarnados os fantasmas do Antigo Regime:

Conceitos muito enraizados para dissolverem-se com o repúdio oficial à tortura: o 'súdito' é agora um 'cidadão', e as novas orientações da gnoseologia judiciária impõem o uso do contraditório; porém, ou a viscosidade das tradições (que são ideias cristalizadas nos hábitos), ou o excesso de cautela, sugerem um expediente que na história dos institutos se encontra dentre os mais singulares: pode-se dizer que foi conservada a estrutura do processo inquisitório (excluía a tortura), com a inclusão de um apêndice denominado 'julgamento'; segundo a fórmula transmitida, o processo se compõe de uma instrução, escrita e secreta, e de um julgamento oral e público.<sup>162</sup>

A ideologia do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 se propagou – tão rapidamente quanto o exército napoleônico – por grande parte dos países da Europa continental e, posteriormente, nas colônias européias espalhadas pelo mundo<sup>163</sup>. Conforme CORDERO:

Nos processos mistos as partes contam relativamente pouco; suprimidos os atos que realizam, impugnam ou iniciam incidentes (por exemplo, impugnando ou recusando um juiz), os fios se encontram nas mãos dos

---

plena'; allí se trataba de um laberinto oscuro e secreto, por completo parcializado y rodeado por intereses represivos; acá 'todo es publicidad, debates orales, libre defensa y plena discusión'. Inquisición y espectáculo acusatório; pero, según lo hemos notado, se trata de una distribución aparente: los autos instructorios pesam sobre la decisión; el artículo 318 prevé que sean anotadas en acta las 'adiciones, cambios o variaciones ... entre la declaración de un testigo y sus anteriores declaraciones'; y no estando prohibido explícitamente leer las declaraciones de los testigos ausentes (...), parece inevitable un amplio uso de las lecturas".] (CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 58).

<sup>161</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 58.

<sup>162</sup> CORDERO, Franco. *La riforma dell'istruzione penale...*, p. 716. [Tradução livre do original: "Concetti troppo radicati per dissolversi con il ripudio ufficiale della tortura: il 'suddito' è ormai un 'cittadino', e i nuovi orientamenti della gnoseologia giudiziaria impongono l'uso del contraddittorio; ma o la vischiosità delle tradizioni (che sono idee cristallizzate in abitudini) o l'eccesso di cautela hanno suggerito un espediente che nella storia degli istituti è fra i più singolari: approssimativamente, si può dire che sia stata conservata la struttura del processo inquisitorio (eccettuata la tortura), con l'innesto di un'appendice denominata "dibattimento"; secondo la formula tramandata, il processo si compone di un'istruzione, scritta e segreta, e di un dibattimento oral e pubblico".]

<sup>163</sup> Conforme LEGENDRE "Napoleão recriou um Justiniano imaginário, personagem simbólico outrora venerado pelos medievais, edificadores do Direito Canônico pontifício". (LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 175).

juízes (no plural, porque são dois: um que instrui, absolve ou formula acusações; outro que decide sobre o mérito). Esta presença dominante desenvolve perspectivas de uma frágil tensão dialética: os contraditores afirmam, negam, alegam, dissertam, sem nunca serem donos de suas respectivas sortes; o imputado e as partes eventuais atuam marginalmente na instrução (na qual a simbiose entre ministério público e instrutor, é uma metástase inquisitorial); os materiais estabelecidos previamente constituem os temas do debate; e toda prova pode ser adquirida de ofício. O sistema não permite escolha às partes, pois nele tudo resulta calculado com anterioridade; e se assim o automatismo é perfeito somente no papel e, *de fato*, admite margens de indeterminação, é assusto atinente à prática.<sup>164</sup>

Em seu nascimento, consagração e expansão “o dito *processo misto* (...) mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o sistema napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um *Sistema Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do *Sistema Acusatório*, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais”<sup>165</sup>, ou seja, elementos *secundários* deste último sistema, que são incapazes de desnaturar sua natureza eminentemente inquisitorial.

É certo que nas reformas napoleônicas optou-se pela manutenção daquela estrutura cuja característica primordial é a concentração dos poderes instrutórios nas mãos do julgador; e, nas exatas palavras de ALVARADO VELLOSO, “um juiz que sai oficiosamente a confirmar (ou provar) as afirmações que fez uma parte processual e que foram negadas pela outra, no desiderato de encontrar a Verdade resplandecente, pertence por direito próprio ao maior grau do elitismo inquisitorial”.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 322. [Tradução livre do original: En los procesos mixtos las partes cuentan relativamente poco; suprimidos los actos que obran, impugnan o inician incidentes (por ejemplo, impugnando o recusando a un juez), los hilos están en las manos de los jueces (en plural, porque son dos: uno que instruye, absuelve o formula acusaciones; otro que decide sobre el fondo). Esta presencia dominante desarrolla perspectivas de una débil tensión dialéctica: los contradictores afirman, niegan, disertan, sin ser nunca dueños de sus respectivas suertes; el imputado y las partes eventuales actúan marginalmente en la instrucción (en la cual, la simbiosis entre ministerio público e instructor, es una metástasis inquisitorial); los materiales establecidos previamente constituyen los temas del debate; y toda prueba puede se adquirir de oficio. El sistema no le concede elección a las partes, pues en él todo resulta calculado con anterioridad; y si luego el automatismo es perfecto en el papel y, *de facto*, admite márgenes de indeterminación, es asunto atinente a la práctica.]

<sup>165</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 10.

<sup>166</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio...*, p. 187. [Tradução livre do original: “(...) un juez que sale oficiosamente a confirmar (o probar) las afirmaciones que ha hecho una parte procesal y que han sido negadas por la otra, en aras de encontrar la Verdad resplandeciente, pertenece por derecho propio a lo más grado del elitismo inquisitorial”.]

## CAPÍTULO II. A TRILOGIA ESTRUTURAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL E AS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO

### Seção I. A Trilogia Estrutural do Direito Processual Penal: A Noção de Ação, de Jurisdição e de Processo

O objetivo, neste momento, é delimitar as noções absolutamente necessárias ao encadeamento da compreensão do *processo* como tarefa democrática imprescindível. Alicerçadas as bases dos sistemas processuais penais, é preciso, então, situar o *processo* naquilo que J. Ramiro PODETTI denominou *trilogia estrutural* do Direito Processual, que engloba, além dele – *processo* –, a *ação* e a *jurisdição*. Sustenta PODETTI que:

São três (...) as bases principais da moderna ciência processual, que podem ser consideradas, assim, como suas pedras angulares. Sobre elas, isoladamente ou em íntima correlação, os processualistas construíram as teorias que a explicam como ramo autônomo das ciências jurídicas e sobre elas deve assentar-se a legislação positiva, com os dados contingentes, valorados de acordo com os princípios processuais. São elas os conceitos de *jurisdição*, *ação* e *processo*.<sup>167</sup>

Aqui, entretanto, não se pretenderá reconstruir as discussões sobre a *ação* e *jurisdição*, mas, ao menos, apresentar suas noções básicas para, em seguida, ingressar no foco desta parte do presente trabalho: o *processo*.

Assim, em linhas gerais, pode-se dizer a *ação* é um instituto de Direito Processual que se utiliza para provocar a atuação jurisdicional do Estado, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, a *jurisdição* é inerte.<sup>168</sup>

Desde a *teoria imanentista*, passando pela *polêmica Windscheid x Muther*, pela *teoria concreta*, pela *teoria abstrata*, culminado com a *teoria eclética da ação*<sup>169</sup>,

<sup>167</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 99. [Tradução livre do original: “Tres son (...) las bases de la moderna ciencia procesal, que pueden considerarse por ello, como sus piedras angulares. Sobre ellas, aisladamente o en íntima correlación, han construido los procesalistas las teorías que la explican como rama autonómica de las ciencias jurídicas y sobre ellas, debe asentarse la legislación positiva, con los datos contingentes, valorados de acuerdo a los principios procesales. Son ellas los conceptos de *jurisdicción*, de *acción* y de *proceso*”].

<sup>168</sup> Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “este princípio, que é uma das características importadas do sistema acusatório, determina que a jurisdição é inerte e não pode ser exercida (no sentido do desencadeamento do processo) de ofício pelo juiz. Isto implica dizer que, para que se mova, é preciso ser provocada: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. Como se sabe, o princípio do devido processo legal exige que o julgador seja submetido ao princípio da inércia, buscando garantir, ao máximo, a sua imparcialidade e equidistância das partes.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro...*, p. 37.

<sup>169</sup> Conferir os fundamentos das referidas teorias em: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. Curitiba, 2008. 203f. Dissertação

“deparar-se-á com um debate doutrinário iniciado há 150 anos, inacabado e longe de posições definitivas”<sup>170</sup>. Deve ser destacado, contudo, que foi no reconhecimento e estabelecimento da autonomia da *ação* frente ao *direito material*, a partir da *polêmica Windscheid x Muther*<sup>171</sup>, em 1856-1857, que se determinou o estatuto teórico autônomo do Direito Processual. A importância deste desprendimento é magistralmente descrita por COUTURE, ao afirmar que:

Para a ciência do processo, a separação do direito e da ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo. Mais que um novo conceito jurídico, constituiu a autonomia de todo este ramo do direito. Foi a partir desse momento que o direito processual adquiriu personalidade e se desprende do velho tronco do direito civil.<sup>172</sup>

E, sem ingressar nas referidas concepções teóricas em torno da ação, desde logo, define-se a *ação penal* “como um direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional”<sup>173</sup>. Trata-se de um direito instrumental, mas conexo à sua causa, que é concreta<sup>174</sup>. Nessa mesma linha, Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA afirma que a ação penal pode ser compreendida como:

(...) um *direito subjetivo público* (direito de provocar a jurisdição); *autônomo* em relação ao direito material; *abstrato*, pois o autor precisa ir à jurisdição (obter tutela) para poder ter uma decisão de mérito, que não será necessariamente uma decisão de conteúdo favorável; *limitado*, pois não cabe a qualquer um, mas àquele que preencha determinados requisitos (condições); e *conexo, instrumentalmente, a um caso concreto*.<sup>175</sup>

A opção política pela separação das funções de acusar e julgar – e, portanto, pela existência da ação penal – não possuiria fundamento apenas no art.

(Mestrado). Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, p.48-69; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação...*, p. 20-32.

<sup>170</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação...*, p. 20.

<sup>171</sup> WINDSCHEID, Bernard; MÜTER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

<sup>172</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 63-64 [Tradução livre do original: “Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil”].

<sup>173</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 147.

<sup>174</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 148

<sup>175</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação...*, p. 34.

5º, XXXV, da Constituição da República<sup>176</sup>, mas, também, “na fundada constatação de que há prejuízos à imparcialidade do juiz que julga processo cuja existência é fruto de sua própria iniciativa (se, desde logo, ele acredita que o processo deve ser iniciado, há enormes chances de que já tenha formulado um juízo sobre o mérito do caso jurídico)”<sup>177</sup>. Daí a justificativa para a *ação penal*.

Por outro lado, as discussões sobre a *jurisdição* também são marcantes. Conforme Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO “*jurisdição é iuris dictio*, por força do *dicere ius*. Se isso se faz para *aplicar a lei ao caso concreto* ou para *compor litígios* é um problema que afeta a enorme discussão entre *objetivistas* e *subjetivistas*, mas por conta de outro cenário, ou seja, aquilo que pela *ação* se aporta no *processo* de modo a lhe definir o *conteúdo*”<sup>178</sup>. Nos estudos de Clara Maria Roman BORGES é desenvolvido o histórico dos debates envolvendo o conceito<sup>179</sup>, optando a autora pela concepção *objetivista* – que nega ser a *lide* o *conteúdo* processo penal<sup>180</sup> – acordando com CHIOVENDA que a *jurisdição* “é o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”<sup>181</sup>, materializada pela *coisa julgada*.<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> Art. 5º, XXXV, CR: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>177</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal...*, p. 46.

<sup>178</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito penal e processo penal...*, p. 56.

<sup>179</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie...*, p. 73-108; BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização penal*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 27-87.

<sup>180</sup> Nesse sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 79: “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que prescinde inteiramente da consideração dos escopos subjetivos das partes”.

<sup>181</sup> ROMAN BORGES, Clara Maria. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie...*, p. 85.

<sup>182</sup> Para CHIOVENDA o único critério apto a diferenciar a *jurisdição* das outras atividades estatais seria a *coisa julgada*, ou seja, a cogência e vinculação impostas pelos atos decorrentes de seu exercício. Verifica-se que aplicava tal raciocínio quando diferenciava a *jurisdição* voluntária da contenciosa e dizia que somente esta poderia ser considerada a verdadeira *jurisdição*, pois apta à formação da *coisa julgada*, enquanto aquela não passaria de mero atuar administrativo do Estado e, conseqüentemente, inábil para formação da *coisa julgada*: “La diferenciación entre actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa tiene una gran importancia práctica: la resolución de jurisdicción voluntaria como acto de pura administración, por sí no produce *cosa juzgada*; el interesado puede obtener la revocación de un decreto negativo y la modificación o renovación de un decreto favorable dirigiéndose al mismo órgano que lo ha producido y convenciéndolo de que ha errado. También puede servirse el interesado de la reclamación a la autoridad superior (Código proc. civ., art. 781): pero esta reclamación facultativa y sin término no da carácter jurisdiccional a la resolución producida ni a la que deba producirse: no tiene: ni siquiera la importancia de la reclamación jerárquica en el campo administrativo, porque en el campo de la jurisdicción voluntaria, la falta de reclamación no hace *definitiva* la resolución de la autoridad inferior. En todo caso un decreto de jurisdicción voluntaria puede ser impugnado en vía jurisdiccional por defecto de condiciones (por ejemplo porque una

Entretanto, Clara Maria Roman BORGES entende que é preciso ter cautela com a adoção do conceito de CHIOVENDA, “pois ele não deixa de ter sido pensado na esfera do processo civil”<sup>183</sup> e, além disso, “relega o atuar jurisdicional a uma atividade mecânica que faz valer a vontade do legislador”<sup>184</sup>. A autora ainda coloca em xeque o caráter substitutivo da jurisdição atribuído por CHIOVENDA, ou seja, à propriedade que a jurisdição teria de substituir os cidadãos na resolução de questão da vida em sociedade, afirmando que “ao contrário do que defendia Giuseppe Chiovenda e de acordo com a tese contratualista hobbesiana, o Estado no exercício de seu poder jurisdicional não substitui os cidadãos ao afirmar perante as partes uma obrigação de dar ou de fazer ou até uma punição prevista em lei, mas atua a soberania que lhe é inerente”<sup>185</sup>. E busca, enfim, superar a noção contratualista da *jurisdição*, pela análise de seu elemento mais importante, o *poder*, através de Michel FOUCAULT, busca lançar “as bases para um novo conceito de jurisdição, um novo significado para tudo que já foi escrito sobre o atuar jurisdicional no processo penal brasileiro”<sup>186</sup>, compreendendo que a jurisdição penal “atualmente se concretiza por meio de práticas normalizadoras”.<sup>187</sup>

Estabelecida a jurisdição como poder de dizer o direito no caso concreto de forma cogente e vinculante, deve ser destacado que, no processo penal, dizer o direito significa *acertar o caso penal*<sup>188</sup>; e isso implica em responder à questão que aparece no momento em que a conduta de um indivíduo é levada ao conhecimento do poder jurisdicional por incidir, em tese, em um tipo penal: deve ou não haver punição?<sup>189</sup> A decisão de punir ou não ocorrerá somente pela manifestação jurisdicional, através do *processo*.

---

autorización para contraer un préstamo fué dada a quien no tenía la legítima representación del incapaz): ni el tercero para salvar los. derechos adquiridos a base del decreto impugnado podría excepcionar la cosa juzgada, a lo más podría fundarse únicamente en la naturaleza pública, autoritaria del decreto. En cambio el acto jurisdiccional por excelencia, la *sentencia* lleva consigo la calidad de cosa juzgada. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal civil*. Vol. I. Trad. José Casáis Santaló. Madrid: Reus, 1922, p. 368-369). Surgia, aí, a consagrada fórmula chiovendiana de que a jurisdição seria o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, p. 511-512).

<sup>183</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização penal...*, p. 76.

<sup>184</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização penal...*, p. 81.

<sup>185</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização penal...*, p. 83.

<sup>186</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização penal...*, p. 76.

<sup>187</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização penal...*, p. 192.

<sup>188</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 137-138.

<sup>189</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 28.

Assim sendo, avança-se em direção ao conceito de *processo*. Segundo PISAPIA, “o meio através do qual atua-se a jurisdição é o processo” e “o processo (*processus de procedere*) é o complexo de atos jurídicos dirigidos ao exercício da jurisdição”<sup>190</sup>. Trata-se, em síntese, de um “conjunto de atos que visam a aplicação do Direito Penal”<sup>191</sup> ou, de forma mais específica, “um conjunto de atos preordenados a um fim e, assim, uma decisão de acerto do caso concreto”.<sup>192</sup>

Assim, no Estado Democrático de Direito, a função do processo penal é o acerto do *caso penal*<sup>193</sup>: a pena eventualmente imposta somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição significativa da conduta imputada, acolhida por decisão fundamentada, no processo penal.<sup>194</sup>

De acordo com Antonio Scarance FERNANDES o *processo* se constitui como ponto de convergência e de irradiação dos demais institutos fundamentais da disciplina. Afirma que é “o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras”.<sup>195</sup>

Entretanto, adverte GOLDSCHMIDT: alegar que o processo implica uma cooperação de atividades encaminhadas a um mesmo fim – a aplicação da lei por meio da sentença – não pode ser confundido com o conceito de relação jurídica, “pois o complexo de atos encaminhados a um mesmo fim, ainda quando existam mais cooperadores, não se constitui, por isso, uma relação, a não ser que se faça uma antonomásia completa. (...) A faculdade de *produzir* uma consequência jurídica não constitui a característica de uma relação jurídica, mas decorre apenas de uma previsão legal”.<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale...*, p. 11 [Tradução livre do original: “Il mezzo attraverso cui si attua la giurisdizione è il processo.// Il processo è il complesso degli atti giuridici diretti all’esercizio della giurisdizione.”]

<sup>191</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 155.

<sup>192</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema inquisitório e o processo em “O Mercador de Veneza”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direito e psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 163.

<sup>193</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 137.

<sup>194</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 137.

<sup>195</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 35.

<sup>196</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II (Problemas jurídicos y políticos del proceso penal). Buenos Aires: EJE, 1961, p. 75. [Tradução livre do original: “Pero el complejo de actos encaminados a un mismo fin, aun cuando haya más cooperadores, no se hace por

Os fundamentos teóricos em torno da noção de *processo*<sup>197</sup>, enquanto categoria teórico-jurídica, são demarcados por diversas e complexas concepções. Tanto assim que ARAGONESES ALONSO desenvolve mais de uma dezena teorias que pretendem definir a natureza jurídica do processo, dividindo-as em três grupos: a) teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito (*teorias de direito privado*: processo como contrato, como quase-contrato, como acordo; *teorias de direito público*: processo como relação jurídica, como serviço público, como instituição); b) teorias que utilizam categorias jurídicas próprias (processo como estado de ligação e processo como situação jurídica); c) teorias mistas (teoria da vontade vinculatória autárquica da lei, processo como relação que se desenvolve em situações e processo como entidade jurídica complexa).<sup>198</sup>

Já Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO apresenta outras tantas, que denomina *concepções menores* acerca da natureza jurídica do processo. Adverte o autor que o adjetivo não tem propósito depreciativo, mas apenas para indicar que as respectivas concepções não alcançaram a fixação e a difusão de outras teorias, chamadas *maiores*, como a teoria da relação jurídica e a teoria da situação jurídica; dentre aquelas aponta: o processo como estado de ligação (KISCH), a concepção francesa do processo como serviço público (DUGUIT, JÈZE e NEZARD), a construção histórico-sociológica de Benjamín CARDOZO, as sucessivas teses de CARNELUTTI quanto ao fim e à natureza do processo, o processo como “mistério” (SATTA), o “acordo” como a noção-chave do processo (SENTÍS MELENDO), processo e “a vontade vinculatória autárquica da lei” (PODETTI), o processo como instituição (GIMÉNEZ FERNANDO, GUASP, COUTURE), o processo como reprodução jurídica de uma interferência real (Lois ESTÉVEZ), o processo com entidade jurídica complexa (FOSCHINI), o processo como jogo (CALAMANDREI).<sup>199</sup>

Há ainda a classificação de BARREIROS, que parte exclusivamente do processo penal, e opta por duas ordens distintas de teorias: a) as chamadas *teorias*

---

eso una relación, a no ser que se haga una autonomasia (*sic*) completa. (...) La facultad de *producir* una consecuencia jurídica no constituye la caracterstica de una relación jurídica, sino sólo de un tipo legal”.]

<sup>197</sup> Conforme o alerta de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO “(...) na *natureza jurídica do processo* parece estar o calcanhar de Aquiles do sistema”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Temas de direito penal e processo penal...*, p. 32).

<sup>198</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. 2ª ed. Madrid: EDERSA, 1997, p. 197-259.

<sup>199</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso. In: \_\_\_\_\_. *Estudios de teoría e historia del proceso*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 02-34.



*heteronomistas*, “que procedem à aplicação ao problema de conceitos provenientes de outros sectores do ordenamento jurídico”; b) as denominadas *teorias autonomistas*, “que entendem que o problema deverá ter no campo do Direito Processual Penal uma resposta específica”<sup>200</sup>. Dentre as primeiras – *heteronomistas* –, o autor leva em consideração duas ordens distintas de formulação: “por um lado as que procedem à adoção de modelos processuais característicos do Direito Privado, *maxime*, do Direito Processual Civil; por outro, as teorias assentes em modelos típicos de Direito Público, categoria em que é possível inserir as teorias da relação jurídica, do serviço público e da instituição”. Já em relação às últimas – *autonomistas* – arrola a teoria da estado de ligação e a teoria da situação jurídica.<sup>201</sup>

Tendo em mira essas diversas concepções, interessa descrever – em obediência a uma ordem cronológica – aquelas teorias mais difundidas, quais sejam: a teoria do processo como relação jurídica, a teoria do processo como situação jurídica e a teoria do processo como procedimento em contraditório, para que se possa avançar em torno da necessidade de (re)valorização do papel das partes no processo penal.

Conforme BARREIROS, a questão aqui colocada “consiste em saber qual o conceito jurídico que permitirá aglutinar teoricamente todo o material respeitante ao objecto em análise, fornecendo a *síntese compreensiva* de todo ele, do que decorrerá uma óbvia implicação didática e científica”<sup>202</sup>, mas, acima de tudo, aquela concepção que melhor se coaduna com os objetivos processuais traçados pelo Estado Democrático de Direito.

## **Seção II. As Principais Teorias do Processo.**

### **§ 1. Teoria do Processo como Relação Jurídica.**

O marco inicial do estudo do Direito Processual como categoria teórica autônoma decorreu primordialmente dos estudos promovidos pelos juristas alemães da segunda metade do século XIX, destacando-se, em relação ao estudo do *processo*, a grande contribuição de Oskar von BÜLOW que, em 1868, publica *Die*

<sup>200</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 157.

<sup>201</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 157.

<sup>202</sup> BARREIROS, José António. *Processo penal...*, p. 157.

*Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen (A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais).*

Não obstante notada por HEGEL e afirmada por BETHMANN-HOLLWEG, coube a BÜLOW desenvolver a noção de processo como *relação jurídica*<sup>203</sup>. Destaca-se, contudo, a existência de antecedentes remotos entre juristas medievais que anteviram a noção de relação no processo, como BULGARO, que já no século XII apresenta a notória definição: “*iudicium accipitur eactus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis*”, sintetizada na fórmula mais difundida: “*iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”.<sup>204</sup>

Porém, em que pesem os referidos antecedentes, pode-se sustentar que a concepção do processo como relação jurídica é genuinamente alemã: HEGEL a vislumbrou, BETHMANN-HOLLWEG a sustentou e BÜLOW a aprofundou.<sup>205</sup>

Conforme BÜLOW o Direito Processual Civil determina as faculdades e os deveres que colocam em mútua comunicação as partes e o órgão julgador e que, desta forma, o processo seria uma relação de direitos e obrigações recíprocas; em suma, uma *relação jurídica*, diversa daquela relação jurídica de direito material. Assinala que, até então, isso não havia sido devidamente apreciado<sup>206</sup> e sequer claramente entendido, pois a noção de relação jurídica estava sempre atrelada à ótica do direito privado.

Em seguida – sempre voltado ao Direito Processual Civil<sup>207</sup> –, afirma que a relação jurídico-processual apresenta as seguintes características fundamentais: a)

---

<sup>203</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal civil...*, p. 108-109; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Contribución al estudio de los fines del proceso. México: UNAM, 2000, p. 124-125.

<sup>204</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 229-230.

<sup>205</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, p. 124-125.

<sup>206</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El Foro, 2008, p. 9. O próprio BÜLOW reconhece que BETHMANN-HOLLWEG, na obra *Der Civilprozeß des Gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung (O processo civil do direito comum em seu desenvolvimento histórico)*, anteviu a noção de *relação processual*, embora o tenha feito sem um exame preciso e sem que se pudesse extrair as amplas consequências que dali derivariam.

<sup>207</sup> Em que pese sua obra girar em torno do Direito Processual Civil, BÜLOW entende que as noções elementares nela desenvolvidas “poderiam ter importância, também, para a teoria do direito processual penal” (BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 8: “En caso de que las elementales nociones aquí desenvueltas probaran su eficacia, podrían tener importancia, también, para la teoría del derecho procesal criminal”).

é uma relação jurídica *pública*, pois os direitos e as obrigações processuais são verificados entre os funcionários do Estado e os cidadãos e, desse modo, a função processual é conduzida pelos funcionários públicos e as atividades das partes se encontra vinculada, e em cooperação, com essa atividade pública; b) a relação jurídico-processual *avança* gradualmente e se desenvolve passo-a-passo; c) enquanto as relações jurídicas do direito privado que constituem a matéria do debate judicial se apresentam plenamente concluídas, a relação processual se encontra em embrião; d) esta se prepara por meio de atos particulares e só é aperfeiçoada com a *litiscontestação*, entendida como um contrato de direito público, pelo qual o Tribunal assume a concreta obrigação de decidir e de realizar o direito deduzido em juízo e, de outro lado, as partes se obrigam a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados da atividade comum; e) esta ulterior atividade discorre em uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros; com isso, a relação jurídica processual encontra-se em constante movimento e transformação.<sup>208</sup>

Sustenta BÜLOW que, até então, havia a preocupação na ciência processual em manifestar exacerbada transcendência a este caráter evolutivo, não se conformando em vê-lo somente como uma qualidade do processo; ao mesmo tempo desatendeu outra característica não menos transcendente ao processo, como uma relação de direito público e que se desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes. Com isso buscou referir que, até então, era dado destaque tão somente àquele aspecto da noção de processo que salta aos olhos da maioria, qual seja: sua marcha ou desenvolvimento gradual, o *procedimento*.

Considera que poderia predominar o *procedimento* na definição do *processo*, conforme o velho uso da expressão, desde que se não incorra no descuido de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção. Ou

---

<sup>208</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 10. De forma resumida, Hugo ALSINA aponta as características da relação jurídico processual, afirmando tratar-se de “uma relação autônoma e complexa que pertence ao direito público. Autônoma enquanto possui vida e condições próprias fundada em normas distintas (processuais) das afirmadas pelas partes (substanciais); complexa porque compreende um conjunto indefinido de direitos e obrigações; pertence ao direito público porque deriva de normas que reguem uma atividade pública” (ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Vol. I..., p. 417) [Tradução livre do original: “Es, pues, una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público. Autónoma en cuanto tiene vida y condiciones propias fundada en normas distintas (procesales) de las afirmadas por las partes (substanciales) ; compleja porque comprende un conjunto indefinido de derechos y obligaciones; pertenece al derecho público porque deriva de normas que regulan una actividad pública”].

seja, propõe que o processo não pode ser encarado somente quanto ao seu aspecto exterior – revelado através do procedimento – devendo ser considerado como uma relação de direitos e obrigações que vincula mutuamente as partes e o órgão julgador.<sup>209</sup>

Estabelecido o processo como uma relação jurídica, afirma BÜLOW que se apresentam na ciência processual problemas idênticos aos que surgiram e foram resolvidos, tempos antes, às demais relações jurídicas<sup>210</sup>, sendo que a exposição em torno de uma relação jurídica deve responder, antes de tudo, à questão dos requisitos que possibilitam o seu nascimento; em sendo assim, os pressupostos para constituição do processo determinam entre quais pessoas, sobre qual matéria, através de que atos e em que momento se pode verificar uma relação jurídica de caráter processual.

De forma precursora, denomina os elementos constitutivos da relação processual de *pressupostos processuais*, apresentando-os como elementos que se distinguem das exceções dilatórias de direito material. Considera que os pressupostos de constituição do processo seriam aquelas prescrições que versassem sobre:

- 1) competência, capacidade e ausência de suspeição do tribunal; capacidade processual das partes (pessoa legítima para estar em juízo) e a legitimidade de seu representante,

---

<sup>209</sup> Neste viés, explica Antonio Scarance FERNANDES que a teoria da relação jurídica “explicava o processo, exprimia a sua unidade e a sua identidade. O procedimento era considerado instituto distinto do processo, algo externo a ele, sendo referido de diversas formas: o modo de ser da relação processual, o seu gradual desenvolvimento, a ordem de sucessão de realização dos atos processuais, o modo de mover e a forma em que são movidos os atos processuais” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 25).

<sup>210</sup> Ensina Eduardo COUTURE que: “A relação é a união real ou mental entre dois termos, sem confusão entre si. Relação é o vínculo que aproxima uma coisa a outra, permitindo manter entre elas sua primitiva individualidade. Quando na linguagem de direito processual se fala de relação jurídica, não se busca senão assinalar o vínculo ou liame que une entre si os sujeitos do processo e seus poderes e deveres a respeito dos diversos atos processuais. A relação jurídica processual é um aspecto do direito como relação. É a particular condição que assume o direito na zona restrita do processo. Se fala, então, de relação jurídica processual no sentido apontado de ordenação da conduta dos sujeitos do processo em suas conexões recíprocas, ao cúmulo de poderes e faculdades em que se entrelaçam uns com os outros. [Tradução livre do original: “La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales. La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación. Es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso. Se habla, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros”.] (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil...*, p. 133-134).

- 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil,
- 3) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas custas processuais,
- 4) a ordem entre vários processos.<sup>211</sup>

Segundo BÜLOW, a pertinência da sua obra estava justamente em se permitir o desenvolvimento científico do Direito Processual reconhecendo, contudo, que já havia, no direito privado, o desenvolvimento das categorias constitutivas da relação jurídica, além do desenvolvimento da noção de tipo, no direito penal. De acordo com o autor, o estabelecimento dos pressupostos processuais permitiria, a partir de então, examinar, com a devida profundidade, a estrutura do processo judicial.<sup>212</sup>

A partir da estruturação destes pressupostos processuais, alega que é agregada à relação substancial existente no processo (a chamada *merita causae*), uma matéria de debate mais ampla e particular: o tribunal não decide somente acerca da existência da pretensão jurídica pleiteada, mas, para poder fazê-lo, deve verificar a concorrência das condições de existência do processo. Em sendo assim, os pressupostos processuais constituiriam a matéria do procedimento prévio e, conseqüentemente, entrariam em íntima relação com o *ato final* deste.<sup>213</sup>

Disso resulta que, ao juiz não incumbiria somente a tarefa de decidir o mérito do caso, mas, ainda, se concorrem as condições para a própria existência do processo. Em sendo assim, afirma que além do suposto de fato da relação jurídica privada litigiosa (*res in iudicium deducta*, ou seja, a coisa deduzida ou levada a juízo), haveria de ser comprovada a existência do suposto de fato da relação jurídica processual (*iudicium*). Alega que esse dualismo já existia no processo civil romano (com o procedimento *in iudicio* e o procedimento *in iure*), no processo germânico (com o *preparatoria iudicii*) e ainda no procedimento francês (com os *finis de non recevoir*).<sup>214</sup>

Ademais, argumenta que a identificação dos pressupostos processuais possibilitaria a distribuição do ônus de provar entre as partes, entendendo que uma das mais relevantes características do processo judicial é que a matéria de debate

---

<sup>211</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 12-13.

<sup>212</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 13.

<sup>213</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 14.

<sup>214</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 14

seja repartida entre as partes e que cada uma deva contribuir ao fundamento da convicção do juiz. No tocante à relação litigiosa material, afirma que esse princípio já havia, há tempos, conduzido uma precisa separação entre demanda e exceção e entre fatos constitutivos, impeditivos e extintivos.<sup>215</sup>

Com isso, sustenta que existiria uma necessidade de dividir, de igual maneira, o suposto de fato da *relação jurídica processual* e, assim, investigar quais fatos dos pressupostos processuais são *constitutivos* e quais são *impeditivos*. Da mesma forma, alega que seria de grande valia a individualização dos fatos *extintivos* do processo, pois tão logo a falta de um pressuposto seja denunciada e confirmada no início de um procedimento, este se malograria totalmente<sup>216</sup>. E questiona:

(...) o que ocorre se essa falta não é notada e o processo chega ao fim? Deve sempre ser declarado inválido, mesmo posteriormente? Em outras palavras: poder-se-ia ir tão longe como considerar causa de nulidade uma falta de um pressuposto processual? Se não, na falta de qual deles corresponde a esse efeito? Quais impedimentos processuais são – para usar uma comparação aproximativa – *impedimenta dirimentia*; quais são somente *impedimenta*? Onde se encontra o critério para uma distinção semelhante?<sup>217</sup>

Conclui que somente com a resposta a esses questionamentos se conseguiria conduzir a teoria das nulidades processuais a um fundamento adequado.<sup>218</sup>

Podem ser apontados três posicionamentos teóricos acerca do vínculo que se estabeleceria entre as partes no processo. A primeira delas, chamada *teoria linear* da relação jurídica foi sustentada por KOHLER, na obra *Prolegomena zu einem system des Civilprozess* (*Prolegomenos a um sistema de direito processual civil*, Mannhein, 1888). Para KOHLER o processo seria uma relação jurídica *complexa, dinâmica e unitária*, porém nega seu caráter público e estabelece que a relação jurídica ocorre somente entre as partes e não entre as partes e o juiz; a

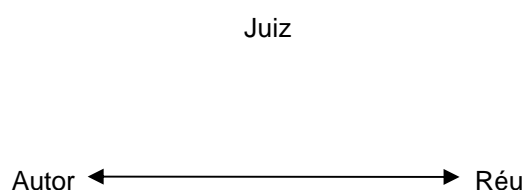
<sup>215</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 15.

<sup>216</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 15-16.

<sup>217</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 16. [Tradução livre do original "(...) ¿qué ocurre se esa falta no es notada y el proceso llega a su fin? ¿Se lo debe declarar siempre inválido, aún con posterioridad? ¿Con otras palabras: ¿Se puede ir tan lejos como considerar causa de nulidad a la falta de un presupuesto procesal? ¿Si no, ¿a la falta de de cuál de ellos corresponde a ese efecto? ¿Qué impedimentos procesales son – para usar una comparación aproximada – *impedimenta dirimentia*, cuales son sólo *impedimenta*? ¿Dónde se encuentra el criterio para una distinción semejante?"]

<sup>218</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales...*, p. 16.

função deste seria de *colaborador*, pois participar de uma relação jurídica pressupõe algum interesse e o juiz não teria qualquer interesse no processo. O interesse do Estado na resolução dos casos seria um interesse genérico e não específico, em cada processo. Acrescenta que a posição do juiz no processo é de superioridade, o que lhe impossibilitaria entrar em relação com as partes. Além disso, defende que não há direitos das partes contra o juiz, cujos deveres seriam de direito público, constitucional e administrativo. As partes teriam apenas interesses protegidos<sup>219</sup>. Esta concepção pode ser representada da seguinte forma:



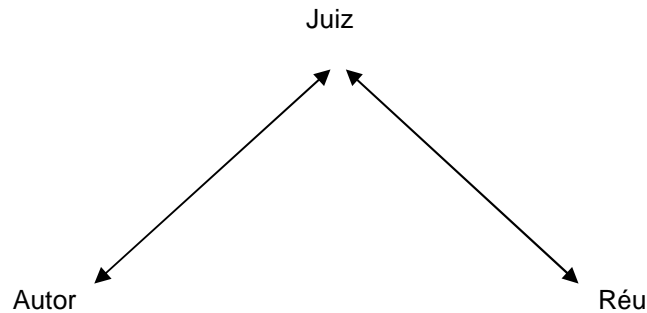
Outra concepção em torno do vínculo que se estabeleceria entre os sujeitos processuais é a denominada *teoria angular* da relação jurídica, cujos principais sequazes foram PLANK – na obra *Lehrbuch des deutschen civilprozessrecht* (*Tratado de direito processual civil alemão*, Noerdlingen, 1887) –, LANGHEINEKEN – em *Der urtheilsanspruch* (*A exigência da sentença*, Lípsia, 1889) – e, com mais destaque, HELLWIG – no *Lehrbuch des deutschen civilprozessrecht* (*Tratado de direito processual civil alemão*, Lípsia, 1903). Os referidos autores negaram haver qualquer espécie de relação das partes entre si e sustentaram haver apenas a relação delas com o juiz<sup>220</sup>. Explica ARAGONESES ALONSO que “a característica da relação processual está, segundo a HELLWIG, no poder jurisdicional do juiz, e a atividade das partes só possui importância enquanto impulsiona a atividade decisória judicial”<sup>221</sup>. Concebendo o Direito Processual como pertencente ao Direito Público, HELLWIG sustenta que o processo visa única e exclusivamente à concessão de proteção jurídica, sendo que nela e nas decisões que se prestam à consecução dos objetivos do processo, desdobram-se a soberania do Estado. Desse modo, as partes encontrar-se-iam em posição subjugada frente aos órgãos

<sup>219</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. I..., p. 231-232. ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal...*, p. 209-210.

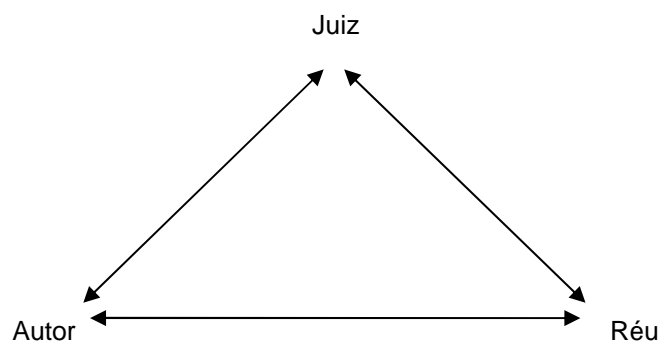
<sup>220</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. I..., p. 234.

<sup>221</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal...*, p. 209 [Tradução livre do original: “La característica de la relación procesal está, según la teoría de HELLWIG, en el poder jurisdiccional del Juez, y la actividad de las partes sólo tiene importancia en cuanto impulsa la actividad decisoria judicial”].

do poder estatal. Alega que é sobre este poder de mando do juiz que repousaria a força de sua sentença e dos atos de execução<sup>222</sup>. Diante disso, a relação processual seria publicística, pois não se verificaria entre as partes, mas apenas entre as partes e o juiz, sendo representada pelo seguinte gráfico:



Há, por fim, a concepção intitulada *teoria triangular* da relação processual. A contribuição mais significativa no desenvolvimento desta posição é de WACH no seu *Handbuch des deutschen civilprozessrechts (Manual de direito processual civil alemão*, Berlim, 1885). Para WACH, o processo é uma relação de direito entre as partes, cujo conteúdo representa direitos e deveres de natureza processual com independência da relação jurídica material. Alega que, mediante o processo, o direito não é apenas uma realidade, senão vale e adquire uma realidade<sup>223</sup>. Os vínculos desta relação de direito público ocorreriam entre o juiz, o autor e o réu, adquirindo a seguinte forma:



Conforme leciona TORNAGHI: “apesar das incertezas iniciais e das críticas (...), a teoria da relação processual dominou na doutrina e no próprio Direito, tanto penal quanto civil. Segundo sua melhor formulação, o processo pode ser visto como

<sup>222</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal...*, Vol. I, p. 234-235.

<sup>223</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal...*, p. 209.



procedimento, quanto ao seu aspecto exterior, e como relação jurídica quanto à essência”<sup>224</sup>.

Reconhece James GOLDSCHMIDT que foi BÜLOW quem efetivamente abriu o caminho para ser criada uma ciência construtiva do processo<sup>225</sup>. Porém, como adverte ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, não se pode afirmar que BÜLOW é um marco divisor entre o nada e o tudo na doutrina processual. Alega que, sem disputa, BÜLOW era um extraordinário jurista, menos sólido do que Adolf WACH, ainda que mais brilhante, dentro da incomparável constelação jurídica da Alemanha do século XIX; porém não era nenhum Deus para criar do nada, nem um prestidigitador para que realizasse números de ilusionismo processual. Se por um lado é certo que o direito processual *como ciência* arranca de BÜLOW, por outro não se pode aduzir que o processo tenha nascido a partir de sua obra, nem que seja fruto de geração espontânea, concluindo que:

Sem remontar a Adão e Eva, e partindo de sistemas jurídicos bem conhecidos, a evolução do direito processual poderia ser pontuada, *grosso modo*, assim: a) Roma; b) Bolonha, o direito comum e a Recepção; c) a Revolução Francesa e a codificação processual napoleônica, e d) BÜLOW (na doutrina) e KLEIN (na legislação). Por sua vez, tais fases ou etapas não são compartimentos estanques, porém momentos capitais, vinculados entre si, de tal maneira que, por exemplo, em Alemanha, antes de BÜLOW existe um WETZELL e a polêmica WINDSCHEID-MUTHER acerca da ação e, mais atrás ainda, em pleno século XVII, Benedicto CARPZOV, o célebre expositor do chamado processo saxão e não menos célebre juiz das vinte mil condenações à morte, quem, por sua vez, se inspira nos jurisconsultos italianos Julio CLARUS y Próspero FARINACIO.<sup>226</sup>

Entretanto, admite o mérito indiscutível e excepcional de BÜLOW – o que permite considerá-lo como *fundador* do moderno processualismo, ainda que não

<sup>224</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. I..., p. 237.

<sup>225</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I (Teoría general del proceso). Buenos Aires: EJE, 1961, p. 15.

<sup>226</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, p. 109. [Tradução livre do original: “Sin remontamos a Adán y Eva, y arrancando de sistemas jurídicos bien conocidos, la evolución del derecho procesal podríamos jalonada, *grosso modo*, así: a) Roma; b) Bolonia, el derecho común y la Recepción, c) la Revolución francesa y la codificación procesal napoleónica, y d) BÜLOW (en la doctrina) y KLEIN (en la legislación). A su vez, tales fases o etapas no son compartimentos estancos, sino momentos capitales, enlazados entre sí, de tal manera que, por ejemplo, en Alemania antes de BÜLOW hay un WETZELL y la polémica WINDSCHEID-MUTHER acerca de la acción, y más atrás aún, en pleno siglo XVII, Benedicto CARPZOV, el célebre expositor del llamado proceso sajón y el no menos célebre juez de las veinte mil condenas a muerte (AD. a), quien a su vez se inspira en los jurisconsultos italianos Julio CLARUS y Próspero FARINACIO”].

*descobridor* do direito processual – em haver buscado, mediante sua doutrina da relação jurídica uma explicação de direito público à natureza do processo.<sup>227</sup>

E conclui ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO que as modificações que se operam a partir de 1868 são, fundamentalmente as seguintes: a) a independência do direito processual, que foi iniciada pelos judicialistas de Bolonha e que se acentuou quando a codificação napoleônica difundiu o modelo de legislação separada; b) os conceitos e as questões primordiais da disciplina – a ação, a jurisdição, o processo, a atividade das partes, etc – passam a ser examinados conforme genuínos critérios de direito processual, expandindo seus limites e se perfilando; c) o estudo da matéria processual acomete-se com enfoque e técnica distintos: enquanto os procedimentalistas faziam, ou *Filosofia* – de maior ou menor valor e mais da justiça e da função judicial do que do processo –, ou *Descrição* das instituições processuais, os processualistas fazem *Teoria* do direito processual, inclusive em torno do procedimento e rompem suas amarras em relação à *Prática* que tanto gravitou sobre o processo; alega que se pode até mesmo dizer que enquanto o procedimentalista se detém na *anatomia* do fenômeno processual, o processualista penetra em sua *fisiologia*; d) a superação do método expositivo, mediante a crescente generalização do *sistema*, em detrimento da *exegese*, ainda que nesta direção permaneçam resistências a serem vencidas.<sup>228</sup>

No que se refere ao processo penal, assevera Aury LOPES JR que a teoria da relação jurídica teve o condão de erigir o acusado, no processo, como um sujeito de direitos, e não mais como o seu mero objeto, reconhecendo ser ele titular de direitos e obrigações próprias, inclusive oponíveis contra o próprio Estado – podendo exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição).<sup>229</sup>

## § 2. Teoria do Processo como Situação Jurídica.

A teoria do processo como situação jurídica foi formulada por James GOLDSCHMIDT que, em 1925, publicou em Berlim a obra *Der Prozess als*

<sup>227</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, p. 111.

<sup>228</sup> ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, p. 110-111.

<sup>229</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 40.

*Rechtslage* (O processo como situação jurídica)<sup>230</sup>. As ideias ali desenvolvidas foram reproduzidas em diversos outros trabalhos do autor.<sup>231</sup>

Para GOLDSCHMIDT o processo não é uma *relação*, mas uma *situação*, ou seja, “o estado de uma pessoa frente aos seus direitos, sob o ponto de vista de uma sentença judicial, que se espera com fundamento nas normas jurídicas”<sup>232</sup>. Conforme Aury LOPES JR “foi GOLDSCHMIDT quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual”.<sup>233</sup>

A constatação do caráter dinâmico do processo partiu da análise, por GOLDSCHMIDT, de uma monografia de Oswald SPENGLER, que pretendia substituir a justiça *estática* dos romanos por uma justiça *dinâmica*<sup>234</sup>. Com base nessas ideias, GOLDSCHMIDT realizou a leitura do processo a partir de uma metáfora com a guerra: em tempo de paz o direito é estático e constitui algo como um império intocável. Porém, quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em *expectativas*, *possibilidades* e *cargas*; desse modo, todo direito pode ser aniquilado como consequência do não

<sup>230</sup> De acordo com Hélio TORNAGHI “O processo como situação jurídica é um alentado livro de 602 páginas que na verdade contém mais do que indica o subtítulo da obra: “Crítica do pensamento processual” (*Eine Kritik des prozessualen Denkens*). Realmente, e isso se nota desde o índice, o livro tem duas partes perfeitamente distintas, e é o próprio GOLDSCHMIDT quem chama a primeira “crítica” (*Erster (kritischer) Teil*); e à segunda: “constitutiva” (*Zweiter (aufbauender) Teil*). E dá a essa um desenvolvimento muito maior (da pág 146 à pág. 535). Trata-se de uma obra monumental, onde os assuntos são tratados como em verdadeiras monografias e com uma opulência de notas não muito comum, mesmo entre os autores alemães, sempre tão profundos e sérios”. (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. I..., p. 279-280). Conferir, ainda, a apertada síntese da obra em: CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, v. IV, 1927, p. 219-223.

<sup>231</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Labor, 1936; GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I (Teoría general del proceso). Buenos Aires: EJE, 1961; GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II (Problemas jurídicos y políticos del proceso penal). Buenos Aires: EJE, 1961. Atenta-se, ainda, para a recente compilação coordenada por Jacobo López Barja de Quiroga: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Vol. I (Problemas fundamentales del derecho). Trad. Miguel Ángel Cano Panos, Christian Celdrán Kuhl, León García-Comendador Alonso; Jacobo López Barja de Quiroga, Juan Delgado Cánovas, León García-Comendador Alonso, Mónica Tirado Pablos. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

<sup>232</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 78.

<sup>233</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 43.

<sup>234</sup> Explica ARAGONESES ALONSO que, segundo SPENGLER, “a matéria jurídica que exigem os feitos de nossa civilização permanece estranha ao esquema antigo dos livros jurídicos e às vezes resiste completamente a ser nele incorporada. Por isso, resta sem forma e, portanto, inexistente para o pensamento jurídico e ainda para o pensamento em geral dos homens ilustrados, já que o Direito Antigo era um Direito de corpos, enquanto nosso Direito é um Direito de funções. Os romanos criaram uma estática jurídica, nosso problema de hoje é criar uma dinâmica jurídica”. (ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*..., p. 198).

aproveitamento de uma ocasião ou da negligência ou abandono de uma atividade, assim como, ao contrário, a guerra pode propiciar ao vencedor o gozo de um direito que na realidade não lhe corresponderia. Conclui que tudo isso pode ser afirmado de forma correlata no que toca ao Direito material das partes e da situação em que elas se encontram em relação a ele, quando iniciado o processo.<sup>235</sup>

Constata Aury LOPES JR que “essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza”<sup>236</sup>. De acordo com o entendimento de COUTURE, esta simples imagem tomada do direito público não se confunde com a primitiva configuração bélica da ação, mas é uma metáfora que permitirá GOLDSCHMIDT possa avançar em sua teoria distinguindo as duas grandes categorias de regras jurídicas<sup>237</sup>.

As regras jurídicas representam critérios de duas ordens distintas: uma, direcionada aos cidadãos em geral, que estabelece *critérios de condutas* em suas atividades sociais; outra, direcionada aos juízes, constituindo *critérios de decisão*, no exercício da função judicial. Esta dupla ordem de critérios das regras jurídicas assinala a condição do direito em suas funções extrajudicial (estática) e judicial (dinâmica), respectivamente.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 65: “Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo el derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él, en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo”.

<sup>236</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 43.

<sup>237</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil...*, p. 137.

<sup>238</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 49: “Las normas jurídicas tienen una doble naturaleza. Por un lado, representan imperativos a los ciudadanos, por otro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas, en cuanto se refiere a su función extrajudicial. Por eso llega a ser la base de la consideración estática o material del derecho. De la segunda ha de partir la consideración dinámica o procesal siendo necesario establecer las categorías adecuadas para comprender los nexos procesales”. Embora GOLDSCHMIDT fale de *imperativos*, é preciso fazer uma (re)leitura do tema, conforme o *conteúdo das leis*, ou seja, das *regras*, tomadas necessariamente como *critérios*. Neste sentido, conferir: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 229.

Quando o direito assume a condição dinâmica, mediante o processo, é produzida uma modificação essencial em sua estrutura, uma vez que aí já não mais se pode falar propriamente em *direitos*, mas em *possibilidades* (*Möglichkeiten*) de que o direito seja reconhecido por uma sentença; em *expectativas* (*Aussichten*) de obter esse reconhecimento; e em *cargas* (*Lasten*), que são imperativos ou impulsos do próprio interesse para a prática dos atos processuais.<sup>239</sup>

Em outros termos, a *expectativa* de uma vantagem processual e, em último termo, de uma *sentença favorável*, a dispensa de uma *carga processual* e a *possibilidade* de chegar a tal situação por realização de um ato processual, constituem os *direitos* no sentido processual da palavra. Na realidade, não se tratam de direitos propriamente ditos, mas de situações que poderiam ser denominadas com a expressão francesa *chances*.<sup>240</sup>

Sendo assim, seria incorreto falar de *relação* entre as partes e o juiz ou entre elas mesmas. O juiz decidirá não porque isso seja um direito das partes, mas porque o ato decisório constitui para ele um dever funcional de caráter administrativo e político<sup>241</sup>: as partes não se encontram ligadas entre si, havendo, delas, apenas estados de sujeição ao que determina a ordem jurídica em seu conjunto de *possibilidades*, de *expectativas* e de *cargas*. E isso não configura uma *relação*, mas uma *situação*, ou seja, o estado de uma pessoa frente a uma vindoura sentença judicial<sup>242</sup>. Nesse sentido, explica FAIRÉN-GUILLÉN:

---

<sup>239</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil...*, p. 137.

<sup>240</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal...*, p. 240; FENECH, Miguel. Ad § 7. In: BELING, Ernest. *Derecho procesal penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1943, p. 417.

<sup>241</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 20-21: “Tal obrigação do juiz é fundada no Direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar a justiça mediante o juiz, cujo cargo, por sua vez, impõe-no, ao mesmo tempo, obrigações frente ao Estado e ao cidadão. Não se pode dizer que estas obrigações não tenham correlação com nenhum direito subjetivo. Pelo contrário, o critério do Estado de direito é que a correlação existe. Mas a infração destas obrigações, a lesão destes direitos, particularmente a denegação da justiça (...) é de mera natureza pública criminal ou civil, mas não processual” [Tradução livre do original: “Tal obligación se basa en el Derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone, al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano. No se puede decir que estas obligaciones no tengan correlatividad con ningún derecho subjetivo. Al contrario, el criterio del Estado de derecho es que esa correlación existe. Pero la infracción de estas obligaciones, la lesión de estos derechos, particularmente, la denegación de la justicia (...), es de mera índole pública criminal o civil, pero no procesal”].

<sup>242</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil...*, p. 8: “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino “situaciones jurídicas” (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro ; en una palabra : expectativas, posibilidades y cargas”.

Os direitos e as obrigações jusmateriais, protagonistas da relação jurídica jusmaterial, iniciado o processo, “saem de cena”; a tragédia é arremessada no palco. Tudo depende da habilidade – legal –, de cada parte, em “ocupar” uma situação favorável – aproveitando as “possibilidades” que o ordenamento processual oferece – com o que se aproxima de uma sentença favorável; lançando, por sua vez, sobre a outra parte, “cargas”, que esta deve “absolver” – liberando-se mediante a prova ou relançando-as sobre a outra parte – caso não queira obter uma sentença desfavorável; assim se repete esse “iter” que nós representamos mediante uma onda sinusoidal, repetidas vezes, tanto quanto exija o desenvolvimento de um tipo de processo determinado.<sup>243</sup>

De acordo com GOLDSCHMIDT o conceito de *situação jurídica* se deve a KOHLER, porém o deste é distinto do seu: o conceito estabelecido por KOHLER determina ser a situação jurídica um elemento ou uma etapa do surgimento ou do desenvolvimento do direito subjetivo, ligado, assim, ao direito privado. Ao contrário, para ele, GOLDSCHMIDT, o conceito de situação jurídica é eminentemente processual, aplicando-se não só ao direito processual, mas a todo direito que surge em um processo instaurado.<sup>244</sup>

As referidas categorias processuais definidas se distinguem dos conceitos materiais paralelos a elas não somente pelo seu conteúdo, mas também pelos seus pressupostos. E assim, para GOLDSCHMIDT, a própria concepção do processo como situação jurídica difere da teoria da relação jurídica não somente pelo seu conteúdo, mas, ainda, porque a situação jurídica depende da evidência – e não da existência – de seus pressupostos:

O conceito de situação jurídica se diferencia do conceito de relação processual pelo fato de que não tem relação alguma com o direito material que constitui o objeto do processo, enquanto que a relação designa a situação em que a parte se encontra considerado o seu direito material, quando o faz valer processualmente. É equivocado crer, por isso, que o conceito de “situação jurídica” não é distinto do de relação processual, e por ele é impossível admitir que esta se desenvolva até chegar a ser uma

---

<sup>243</sup> FAIRÉN-GUILLÉN, Victor. *Teoría general del derecho procesal*. México: UNAM, 1992, p. 41 [Tradução livre do original “Los derechos y obligaciones jusmateriales, protagonistas de la relación jurídica jusmaterial, estallado el proceso, “quedan al fondo de la escena”; la tragedia, se juega en el proscenio. Todo depende de la habilidad – legal –, de cada parte, de “ocupar” una situación favorable – aprovechando las “posibilidades” que le ofrece el ordenamiento procesal – con lo cual se aproxima a una sentencia favorable; lanzando a la vez, sobre la otra parte, “cargas”, que éste debe “absolver” – liberarse de ellas mediante la prueba o relanzarlas sobre la otra parte – si no quiere obtener una sentencia desfavorable; así se repite este “iter” que nosotros representamos mediante una sinusoide, repetida tantas cuantas veces lo exija el desarrollo de un tipo de proceso determinado.”]

<sup>244</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 62-63. Explica COUTURE que este conceito de situação jurídica já havia sido desenvolvido, anteriormente, para todo o direito privado. Porém, a doutrina processual sustenta que esse conceito é específico ao juízo. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil...*, p. 138: “Este concepto de situación jurídica había sido ya desarrollado con anterioridad para todo el derecho privado. Pero la doctrina procesal sostiene que ese concepto no es sino específicamente relativo al juicio”.

“situação jurídica”; esta não é uma mera situação da relação processual, mas de direito material que constitui o objeto do processo.<sup>245</sup>

Embora admita que a teoria de BÜLOW tenha possibilitado distinguir os pressupostos processuais das exceções dilatórias materiais, aduz que a teoria da relação processual não possui valor algum, já que as condições formais que, segundo BÜLOW, figurariam como pressupostos do processo, não o são, pois devem ser materializadas dentro do processo, ou seja, a (in)existência dos pressupostos processuais só poderia ser decidida no processo mesmo. E assim entende que os “pressupostos processuais” na teoria de BÜLOW são, na verdade, pressupostos de uma sentença de mérito.<sup>246</sup>

Um dos vários méritos de GOLDSCHMIDT foi o de empreender esforços contra a transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal<sup>247</sup>: com isso, ele avançou na crítica ao conceito de *exigência punitiva*, formulado por Karl BINDING, para demonstrar a necessidade do respeito às categorias jurídicas próprias do Direito Processual Penal. Num primeiro plano, GOLDSCHMIDT desenvolve a ideia de que a pena seria uma manifestação da justiça distributiva. A partir daí, busca extrair as consequências desta formulação para a construção do objeto do processo penal. Aduz que a teoria dominante parte do conceito de *exigência punitiva* de BINDING: esta exigência corresponderia ao Estado, que haveria de fazê-la valer no processo penal. Porém, contesta: exigência punitiva e processo penal representam construções técnicas artificiais, pois não leva em consideração que o *direito subjetivo de penar* do Estado é primordialmente um *poder de soberania* e, sendo assim, o Estado não necessitaria invocar a proteção jurídica para realizá-lo. Porém, como consequência dos postulados do Estado de Direito, foi imposto a este poder estatal a obrigação de seguir o caminho de um processo para aplicação e imposição da pena, conforme os princípios *nulla poena sine lege* e *nulla poena sine iudicio*. Sendo assim, o meio de fazer valer essa exigência punitiva estatal é a *ação penal*, que corresponde, em regra, ao próprio

---

<sup>245</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil...*, p. 09. [Tradução livre do original: “El concepto de situación jurídica se diferencia del de relación procesal, en que éste no se halla en relación alguna con el derecho material que constituye el objeto del proceso, mientras que aquél designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material, cuando lo hace valer procesalmente. Es erróneo creer, por esto, que el concepto de “situación jurídica” no es distinto del de relación procesal, y por ello es imposible admitir que ésta se desenvuelva hasta llegar a ser una “situación jurídica”; ésta no es una mera situación de la relación procesal, sino del derecho material que constituye el objeto del proceso”.]

<sup>246</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 72-74.

<sup>247</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 43.

Estado na figura do Ministério Público e, em casos excepcionais, ao ofendido. Além de titular do poder de punir e da ação penal (em regra), o Estado ainda figura no processo penal como titular da jurisdição. E arremata: o grande equívoco da concepção da exigência punitiva é desconsiderar que o Estado realiza seu direito no processo *não como parte, mas como juiz*.<sup>248</sup>

Assevera, então, que o conceito de relação jurídica tampouco possui transcendência em relação ao seu conteúdo, pois o dever do juiz conhecer o caso se fundamenta na obrigação estatal de administrar justiça e, às partes não incumbem obrigações processuais nem frente ao juiz, nem mutuamente: o que se verifica no processo penal não advém de um mero pedido para se administrar justiça em abstrato, mas para que se exerça um *poder de penar* em concreto. Os laços jurídicos verificáveis entre as partes no processo penal são *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável.<sup>249</sup>

Explica COUTURE que, para melhor compreender a diferença entre a teoria da relação jurídica e a teoria da situação jurídica “é necessário se remontar a determinados aspectos da teoria geral e até o que o autor desta chamou com anterioridade *direito justicial material*”<sup>250</sup>. De acordo com GOLDSCHMIDT, o Direito Penal é uma espécie de *direito justicial material*<sup>251</sup>. Esta concepção parte da adjudicação do poder de punir pelo Estado, porém, primordialmente, do fato que as regras que integram o *direito justicial* são medidas dirigidas ao juízo, ou seja, tratam-se de “regras de julgamento e condução do processo, gerando para as partes o caráter de promessas ou de ameaças de determinada conduta do juiz”.<sup>252</sup>

Leciona GOLDSCHMIDT que poderiam ser opostas objeções a esta idéia, pelo fato de o Direito Penal possuir seu próprio pressuposto, o delito, e sua própria consequência jurídica, a pena, advertindo, contudo, que a pena não poderia ser considerada como uma consequência jurídica *independente*; neste sentido, compreende que existem apenas duas espécies de consequências jurídicas: de um

<sup>248</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 44.

<sup>249</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 74.

<sup>250</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*..., p. 136 [Tradução livre do original: “Para comprender la diferencia entre una doctrina y la otra, es menester remontarse hasta ciertos aspectos de la teoría general y hasta lo que el autor de ésta llamó con anterioridad “derecho justicial material”].

<sup>251</sup> GOLDSCHMIDT, James. Derecho justicial material. In: \_\_\_\_\_. *Derecho, derecho penal y proceso*. Tomo I..., p. 633-677. Ver, ainda, a síntese da noção de *direito justicial material* em: ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*..., p. 382-389.

<sup>252</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 46.



lado, os direitos subjetivos ou competências; de outro, as obrigações. Assim sendo, a consequência jurídica do Direito Penal *não é a pena*, mas o *direito subjetivo de penar* e, como este direito não pode exercido senão por meio do processo, não resta para a sua classificação mais que uma alternativa: ou é ação ou é poder judicial. A primeira classificação corresponde à *exigência de proteção jurídica*, que afirma ser o *objeto do processo civil* e a *antítese do direito de penar*. Este seria um poder justicial, pois é um direito subjetivo da justiça mesma. Ambos direitos subjetivos são direitos materiais ou concretos, ou seja, possuem pressupostos materiais e um conteúdo material: a *exigência de proteção jurídica* possui como *pressuposto* o *direito privado*, cuja proteção se postula; como *conteúdo*, a *proteção jurídica por sentença favorável* e sua *execução*. Já o *direito de penar*, possui como pressuposto o *delito* e como *conteúdo* a *condenação do culpável* e a *execução da pena*. Nisto se distinguem os respectivos direitos justiciais materiais dos direitos *justiciais formais* ou *abstratos*, que formam o seu *marco*, qual seja: de um lado, a *exigência do cidadão de que o Estado administre a justiça* e, de outro, a *jurisdição*. Argumenta que as qualidades do direito *material* e *justicial* são de tal modo compatíveis, que todo direito material que surge num processo é justicial. E isto vale também para o direito privado, que é a base da exigência de proteção jurídica; entretanto, para estas espécies de direito deve ser considerado e complementado desde um ponto de vista jurídico-público, de modo que cada direito privado se transponha em uma exigência de proteção jurídica frente ao Estado, ou, em outras palavras, em uma *ação*. Ao contrário, o direito de penar se apresenta desde o início como um direito justicial, porque exclusiva e imediatamente tende a uma realização processual.<sup>253</sup>

Diante disso, afirma que a exigência de direito material civil – que geralmente é objeto de um pleito – não encontra paralelo no processo penal. A chamada *exigência punitiva* não existe, pois o direito de penar não pode ser concebido senão no processo e porque este direito é, na verdade, um *poder estatal*, e não uma exigência. Entretanto, admite que existe também no processo penal uma *pretensão* no sentido processual, mas o seu conteúdo não representa algo análogo ao conceito paralelo do processo civil – a alegação de um *direito próprio* e a *petição*

---

<sup>253</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 46-49.

de sua adjudicação –, mas a afirmação do direito justicial de penar e o requerimento para se exercer esse direito.<sup>254</sup>

Em relação às situações processuais penais, aduz que se constituem através dos *atos processuais* que, por sua vez, são definidos como “aqueles atos das partes ou do juiz, que constituem, modificam ou extinguem expectativas, possibilidades ou cargas processuais e a dispensa das cargas”<sup>255</sup>. Em seguida, distingue os atos processuais em: a) *atos das partes*, que se subdividem em: a’) *atos de obtenção* (possuem como fim imediato demonstrar a evidência de um fato, através das *petições*, das *afirmações* e da *produção das provas*) e alega que a eles se aplica a valoração *admissíveis* ou *infundados*; e, a’’) *atos de causação* (que se encaminham para impetrar uma resolução de um conteúdo determinado mediante *influxos psíquicos* exercidos sobre o juiz), sendo em relação a eles aplicada a valoração da *atentabilidade*; e, b) *atos judiciais*, desdobrando-se em: b’) *resoluções*, que ocupam a posição central dos atos judiciais e são definidas como manifestações de vontade, emitidas pelo julgador com o fim de verificar o que estima justo; tendo em vista que resultam, ao mesmo tempo, de um processo lógico e de manifestações de vontade, estão sujeitas à dupla ordem de valoração: *justas* ou *injustas* (enquanto resultado de um processo lógico) ou *atendíveis* e, neste caso, invariáveis, até imutáveis, ou variáveis, pelo menos impugnáveis (enquanto manifestações de vontade); b’’) atos de causação fora das resoluções (participação de conhecimentos ou atos reais); b’’’) atos que suprem ou que substituem os atos de obtenção das partes, como: i) determinação de produção da prova, enquanto que se permite ou se impõe ao juiz esta atividade, se o meio de prova foi proposto, requerido ou trazido pela parte<sup>256</sup>; ii) informações oficiais; b’’’) celebração de vista e recebimento da prova.<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 58: “La exigencia en sentido de derecho material civil, que generalmente es objeto de un pleito, *no tiene analogía en el proceso penal*. La llamada exigencia punitiva no existe, porque no hay derecho de pena fuera del proceso y porque este derecho es un poder estatal, pero no una exigencia. Al contrario, hay también en el proceso penal *una pretensión en el sentido procesal*, pero su contenido no es, como el del concepto paralelo del proceso civil, la alegación de un *derecho propio y la petición de la adjudicación del mismo*, sino la *afirmación del nacimiento de un derecho justicial de penar y la solicitud de ejercer este derecho*”.

<sup>255</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 79.

<sup>256</sup> Vê-se aí que GOLDSCHMIDT não admite a produção da prova de ofício pelo juiz, pois submete os referidos atos à atividade probatória das partes.

<sup>257</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 79-82.

A concepção dinâmica da situação processual penal estaria fundada na ideia de atenção à resolução judicial esperada e na correlata existência da ameaça de uma sentença desfavorável: pelo lado do acusador, isso implicaria na prática de atos tendentes a confirmar a acusação formulada; já em relação ao acusado, diz respeito ao seu *status libertatis*, ou seja, a possibilidade de sua condenação e consequente execução da pena aplicada<sup>258</sup>. Daí a noção de *cargas*. Para GOLDSCHMIDT, a *carga processual* é a antítese do direito processual, ou seja, trata-se da necessidade de prevenir um prejuízo processual, e, em último termo, uma sentença desfavorável, mediante a prática de um ato<sup>259</sup>. As cargas determinam, portanto, a atuação das partes no próprio interesse, em razão da ameaça de um prejuízo; seu fundamento está na *luta* que as partes travam no processo, cabendo a elas avaliar o correto emprego dos *meios de ataque e de defesa*. A consequência do *descuido* da parte é a piora de sua situação processual e, em razão disso, o início ou aumento da perspectiva de uma sentença desfavorável. Tendo em vista que a carga está relacionada ao próprio interesse da parte, não existe, frente a ela, um correlato direito do adversário ou do Estado: ao contrário, o adversário não deseja outra coisa senão que a parte não se desembarace da sua carga de fundamentar, de provar de comparecer, etc<sup>260</sup>. Segundo GOLDSCHMIDT, aqui, pode ser estabelecido o princípio segundo o qual *a ocasião impõe uma carga e a mais grave culpa contra si mesmo é deixar de aproveitar a ocasião*. Sustenta que este princípio não possui valor apenas no processo, mas, ainda, na vida. Nestes casos, coincidem os tipos de desatendimento a uma carga e o não aproveitamento de uma oportunidade<sup>261</sup>. Explica ainda que, em diversas ocasiões, a parte só poderá se desembaraçar de uma carga com êxito, acaso se encontre na posição da possibilidade correspondente: “p. ex., a parte não pode se desembaraçar da carga da prova que se lhe impõe senão quando tenha a sua disposição os meios probatórios”<sup>262</sup>. Afirma que o conteúdo da carga processual é geralmente uma atuação, porém, é certo que, no processo, o interesse da parte pode exigir uma omissão, já que determinadas

---

<sup>258</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 91-93.

<sup>259</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 91.

<sup>260</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 92.

<sup>261</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 93.

<sup>262</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 94: “Es verdad que muchas veces la parte sólo puede desembarazarse de una carga, con éxito, sólo cuando se encuentra en posesión de la posibilidad correspondiente; p. ej., la parte no puede desembarazarse de la carga de prueba que se le impone sino cuando tenga a su disposición medios probatorios”.

declarações desfavoráveis podem resultar em prejuízo para a parte. Assim, sendo possível que a parte se detenha, não haveria como sustentar um *onus omittendi*<sup>263</sup>.

O autor divide, ainda, a *carga da prova* em duas espécies: a) a *material*, concernente no interesse de uma ou outra parte que um fato determinado seja provado, porque a não comprovação deste fato redundaria em um prejuízo; e, b) a *formal*, que regula o papel das partes e do juiz, dispensando este último de obter informações de ofício e de praticar diligências no curso da persecução penal.<sup>264</sup>

Além das *cargas*, também existem no processo penal os demais direitos processuais, quais sejam, as *expectativas* e as *possibilidades*; em relação a estas últimas, aduz GOLDSCHMIDT que, no processo penal, serão especialmente tanto mais numerosas quanto houver predomínio do princípio dispositivo (que funda o sistema acusatório).<sup>265</sup>

Em suma, na esteira de CORDERO, pode-se afirmar que a concepção do processo penal como situação jurídica responderia satisfatoriamente aos objetivos de sustentação teórica do sistema acusatório:

A fenomenologia acusatória pertence ao universo explorado por JAMES GOLDSCHMIDT, atípico processualista hebreu-alemão (*Der Prozess als Rechtslage*, Berlim, Springer, 1925); mas já antes OSKAR VON BÜLOW havia dito que as normas são regras destinadas aos tribunais, porém, neste caso, os *direitos* descendem à situação de perspectivas; alguém aspira alguma coisa (*eine Aussicht auf Etwas*); o resultado depende dele, assim como dos contendores, supondo que quem julga está atento e bem informado, porque a ocasião favorável enseja probabilidades caleidoscopicamente mutáveis, com um resíduo sideral refratário a cálculos e cautelas, mas, submetendo-se ao caso mais frequente, quem erra na luta, paga, segundo a dura lógica da carga (é “dever para consigo mesmo”).<sup>266</sup>

Ademais, constata Víctor FAIRÉN-GUILLÉN que a concepção de processo de GOLDSCHMIDT substituiu aquela concepção *metafísica, estática* ou *material* da

<sup>263</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. I..., p. 95.

<sup>264</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 88-89.

<sup>265</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 91: “En el proceso penal, así como hay cargas hay también *expectativas* y *posibilidades*; las últimas son especialmente tanto más numerosas cuanto más predomina el principio acusatorio”.

<sup>266</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 85 [Tradução livre do original “La fenomenología acusatoria pertenece al universo explorado por JAMES GOLDSCHMIDT, atípico procesalista hebreu-alemán (*Der Prozess als Rechtslage*, Berlim, Springer, 1925); pero ya antes OSKAR VON BÜLOW había dicho que las normas son reglas destinadas a los tribunales, pero en este caso los *derechos* descienden a la situación de perspectivas; alguno aspira a alguna cosa (*eine Aussicht auf Etwas*); el resultado depende de él; así como de los contendores, suponiendo que quién juzga está atento y bien informado, porque la ocasión favorable aporta probabilidades caleidoscópicamente mudables, con un residuo sideral refractario a cálculos y cautelas, pero sometiendo al caso más frecuente quien yerra en la lucha paga, según la dura lógica de la carga (es “deber para consigo mismo”).]

relação processual, por outra, *dinâmica*, que conduz ao *empirismo*, considerando o processo não como se vê doutrinariamente, mas na prática, como uma luta por se vencer, utilizando-se dos meios disponíveis. Afirma ainda que os óbices à concepção de GOLDSCHMIDT<sup>267</sup> podem ser resolvidos com a construção de um novo sistema processual. Alega que GOLDSCHMIDT não colocou o processo em dúvida, mas:

(...) limitou-se a observar como o fenômeno, tão freqüente, do mau uso ou da degeneração do chamado “direito subjetivo material” lhe “forçava” a criar uma doutrina muito semelhante à doutrina da guerra; veio a descobrir que não estamos isolados no processo, como dois guerreiros medievais, igualmente armados e sujeitos, sob pena de morte, a lutar lealmente – dois cavaleiros da época. Falta a lealdade espontânea; as partes se encontram imersas na lama de situações sociais e econômicas que dirigem seus movimentos ofensivos ou defensivos. São tão inexoráveis como existentes circunstanciais as que lhes obrigam – se não o fazem de bom grado, premeditadamente –; o novo “cavaleiro” não é senão..., um criminoso, um “cavaleiro de indústria” que, acaso pretenda subsistir e eliminar o contrário, deve chegar a utilizar o sutil veneno em vez da espada. Esse é o triste panorama que Goldschmidt descobriu. E quiçá, a cólera que levantou, deuse... “porque acertou no alvo”.<sup>268</sup>

### § 3. Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório.

A concepção do processo como *procedimento em contraditório* é fruto da produção teórica de Elio FAZZALARI. Foi em 1957 que FAZZALARI lançou um primeiro olhar sobre o desenvolvimento de uma nova teoria do processo.<sup>269</sup>

<sup>267</sup> Neste sentido conferir as críticas: CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, v. IV, 1927, p. 223-226. O mesmo CALAMANDREI, diante das respostas de GOLDSCHMIDT à suas críticas acabou rendendo-se à concepção do processo como *situação jurídica*: CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale* Padova, Cedam, v. V, p. 23-51, 1950; CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, p. 1-8, 1951. Ver síntese da polêmica em: ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal...*, p. 243-249 e LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 47-53.

<sup>268</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Teoría general del derecho procesal...*, p. 42 [Tradução livre do original: “Naturalmente que Goldschmidt, no puso en duda el proceso; se limito a observar cómo el fenómeno, tan frecuente, del mal uso o la degeneración del llamado “derecho subjetivo material” le “forzaba” a crear una doctrina muy semejante a la doctrina de la guerra; vino a “descubrir” que en el proceso, no estamos aislados, como dos guerreros medievales, igualmente armados y sujetos so pena de muerte a luchar lealmente – dos caballeros de la época –. Falta la lealtad espontánea; las partes se hallan inmersas en el fango de situaciones sociales y económicas que dirigen sus movimientos ofensivos o defensivos. Son tan inexorables como existentes circunstanciales las que les obligan – si no lo hacen de buen grado, premeditadamente –; el nuevo “caballero” no es sino..., un felón, un “caballero de industria”, que si quiere subsistir y eliminar al contrario, debe llegar a utilizar el sutil veneno en vez de la espada. Ese es el triste panorama que Goldschmidt vino a describir. Y quizás la cólera que levantó, se produjo... “porque dio en el blanco”.]

<sup>269</sup> FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 110 e ss.

A teoria de FAZZALARI tem como ponto de partida aquilo que Feliciano BENVENUTI já havia proposto alguns anos antes no Direito Administrativo: um novo significado na distinção entre processo e procedimento<sup>270</sup>. Em seu trabalho, de 1952 – resultado da aula inaugural na Faculdade de Ciência Política da Universidade de Pádua, em 03 de dezembro de 1951 –, BENVENUTI procura estabelecer o conceito de *função* e, por conseguinte, de *função administrativa*, visando ainda elucidar uma concepção outra acerca do *procedimento* e de *processo*. Com isso, pretende concluir se é ou não possível a aplicação destes conceitos no âmbito administrativo.<sup>271</sup>

E defende a possibilidade de sustentar uma *função administrativa*, diversa da *função jurisdicional* e da *função legislativa*. Contudo, seu conceito de *função* é diferente daquele que, tendo em vista a finalidade dos atos praticados, determinaria o resultado da respectiva atividade, como até aquele momento era tratado pela doutrina. Aduz que, em sua concepção, o significado de *função* (seja ela legislativa, jurisdicional, administrativa) remete à manifestação do poder soberano que se concretiza na prática de atos.<sup>272</sup>

Sob o prisma objetivo afirma que a *função* representa aquele movimento de transformação do poder em um ato concreto, ou seja, não deve ser confundida nem com o próprio poder (abstrato), nem com o próprio ato (concretização do poder), mas é um *manifestar o poder através do ato*. Já sob o plano subjetivo, considerando agora o seu autor, a *função* é o agir, ou seja, é a implementação do ato. E compreende que a *função* não é elemento *formal*, mas *substancial* do ato embora seja dele um elemento extrínseco e não intrínseco.<sup>273</sup>

Em seu aspecto formal, alega que a *função* é revelada por meio do *procedimento* que, entretanto, é um elemento autônomo em relação a ela<sup>274</sup>. Enquanto resultado da manifestação do poder, para que se concretize, o ato precisa

---

<sup>270</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, p. 118-145, gennaio/marzo 1952.

<sup>271</sup> Seguir-se-á a síntese: HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. Curitiba, 2010, 330f. Tese (doutorado). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná, p. 170-172.

<sup>272</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 121-122, nota de rodapé n. 7.

<sup>273</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 118-124.

<sup>274</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 122, nota de rodapé n. 7 e p. 125.

da formação de cada um de seus elementos; e esta formação do ato não é marcada somente pela sucessão de operações, pois,

(...) esta característica de constituir uma série de operações que se sucedem no tempo, bem como a isolada observação segundo a qual na série cooperam órgãos e, frequentemente, sujeitos diversos daquele que emanará o ato, não são suficientes a caracterizar o fenômeno do procedimento, nem sob o aspecto objetivo, nem sob aquele subjetivo.<sup>275</sup>

Em relação ao aspecto objetivo do procedimento afirma que considerar ser o procedimento a história causal do ato e que isso poderia ser o estado de desenvolvimento do ato, não é lhe dar uma qualificação do ponto de vista objetivo, pois o referido destaque limita-se apenas à qualificação do ato que conduz o procedimento, conforme o critério temporal<sup>276</sup>. Aponta que seria necessário acrescentar que – sob o prisma objetivo –, o procedimento constitui-se na revelação formal da *função*, não se restringindo, pois, à mera sucessão de atos; em suma, quanto ao aspecto objetivo afirma que, “antes, se aceito na expressão fenômeno o seu significado de ‘aparência’, posso dizer que o procedimento é somente o fenômeno da função”<sup>277</sup>. Aduz, ainda, que “o procedimento é história marcada por toda a série de atos necessários para a resolução do poder em um ato: significando que, no direito, o procedimento é a forma sensível da função e não puramente a sua forma como modo de ser”.<sup>278</sup>

Já sob o ponto de vista subjetivo, entende não ser suficiente ressaltar que o procedimento consiste na participação de mais de um órgão ou sujeitos, pois a participação não é uma qualificação, mas somente uma classificação: a qualificação do procedimento, sob o aspecto subjetivo, não pode ser aquela que apenas evidencia as relações que ocorrem entre os agentes no procedimento; relações

---

<sup>275</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 126: [Tradução livre do original: “(...) questa caratteristica di essere una serie di operazioni succedentisi nel tempo, come la sola osservazione che alla serie cooperano organi e spesso soggetti diversi da quello che emanerà l’atto, non sono sufficienti a caratterizzare il fenomeno del procedimento nè sotto l’aspetto oggettivo nè sotto quello soggettivo”].

<sup>276</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 126.

<sup>277</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 128 [Tradução livre do original: “Anzi, se accetto nell’espressione fenomeno il suo significato di “apparenza”, posso dire che il procedimento è soltanto il fenomeno della funzione”].

<sup>278</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p.129 [Tradução livre do original: “(...) il procedimento è storia segnata da tutta la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in un atto: intendendo precisare che, nel diritto, il procedimento è la forma sensibile della funzione e non puramente la sua forma come modo di essere”].

compreendidas no que se referem ao procedimento em si, o mesmo que dizer, em relação ao seu objeto.<sup>279</sup>

Do ângulo subjetivo em torno do procedimento, BENVENUTI extrai a sua subdivisão em *procedimento em sentido estrito* e *processo*<sup>280</sup>. O primeiro, aduz que possui como elemento característico a sucessão de atos praticados por um único sujeito – um único órgão ou, então, vários órgãos de um mesmo sujeito –, competente para a emanação do ato final, atuando em uma só direção, e tendo em mira apenas um interesse, que é próprio o interesse desse sujeito, ou seja, atenderia ao interesse que lhe pertence exclusivamente.<sup>281</sup>

Já o *processo* apresenta-se de outra forma, pois dele participam sujeitos distintos daquele que emana o ato final e atuam norteados pelos interesses dos destinatários do ato, e não pelo interesse do autor do ato. Existirá processo quando vários sujeitos exercem suas atividades no interesse do destinatário do ato, sendo que os atos por eles praticados apresentam-se como o fundamento dos atos dos demais sujeitos, na mesma proporção em que lhes impõem um limite. E sintetiza: “esta construção do processo, como forma de explicação de uma função pública limitada, positiva ou negativamente, em sua própria explicação como atos realizados por e no interesse do destinatário do ato final, individualiza, evidentemente, o elemento essencial do instituto”<sup>282</sup>. Conforme BENVENUTI:

No processo, com efeito, os mesmos destinatários do ato possuem a possibilidade de participar da transformação do poder, ou seja, da concretização do poder naquele ato que é determinante de uma posição jurídica deles. E isso explica de modo muito evidente como o processo é a forma típica de realização da função jurisdicional. Porque a sentença, da qual as partes são destinatárias, é ato emanado antes de tudo em seus interesses, e apenas de maneira secundária no interesse do Estado pela justiça; motivo pelo qual, na realização daquela função, sentiu-se a necessidade que os destinatários fossem também participantes do processo e concorressem para a determinação do ato no momento, ou melhor, na série dos momentos na qual o poder se concretiza.<sup>283</sup>

<sup>279</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 127.

<sup>280</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 131.

<sup>281</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 131-134.

<sup>282</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 135

[Tradução livre do original: “Questa costruzione del processo, come forma dell’esplicazione di una funzione pubblica limitata, positivamente o negativamente, nella sua stessa esplicazione da atti posti in essere da e nell’interesse del destinatario dell’atto finale, individua, evidentemente, l’elemento essenziale dell’istituto”.]

<sup>283</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo...*, p. 136.

[Tradução livre do original: “Nel processo, infatti, gli stessi destinatari dell’atto hanno la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell’atto che è determinativo di una loro posizione giuridica. E ciò spiega infine in modo evidentissimo come il processo sia la forma tipica di esplicazione della funzione giurisdizionale. Perché la sentenza di cui le



Partindo das lições de BENVENUTI, FAZZALARI entende o processo como “um esquema mais complexo do ‘procedimento’, na proporção em que é constituído por várias séries de atos (e posições subjetivas), mutuamente implicadas entre elas e cada uma referindo-se a um sujeito (ao juiz, ao autor, ao réu, etc.)”<sup>284</sup>; conclui que:

A utilidade de tal distinção me parece evidente sob um dúplice reflexo. Antes de tudo, ela destaca o indefectível concurso de vários sujeitos, o qual deriva, no rito judiciário, da *par conditio* dos participantes e da constância do contraditório. Além disso, enquanto permite esclarecer relativamente a cada um dos sujeitos do processo a série de atos respectivamente atribuída, oferece a possibilidade de considerar e avaliar, no seu complexo e sob um viés unitário, as posições processuais de cada partícipe.<sup>285</sup>

Em 30 de abril de 1958, FAZZALARI profere a aula inaugural ao Curso de Direito Processual Civil da Universidade de Perugia, que resultou na publicação, no mesmo ano, do artigo *Diffusione del processo e compiti della dottrina*<sup>286</sup>. Neste trabalho a teoria do processo como procedimento em contraditório começa a ganhar corpo. Inicialmente o autor demonstra sua preocupação com a proliferação dos processos – jurisdicionais ou não –, e com um correlato desconhecimento em torno das suas questões teóricas fundamentais, mormente aquela relacionada à afirmação e delimitação de uma estrutura processual.

Num primeiro momento, FAZZALARI salienta a tendência da difusão e consideração do fenômeno concernente na participação dos interessados, no processo:

Em geral, tende a se difundir o fenômeno da participação dos interessados no *iter* de formação do provimento (entendendo-se por tais aspectos, em quais esferas o ato é destinado a incidir), mais precisamente o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos

---

parte sono le destinatari è atto emanato prima di tutto nel loro interesse, e solo secondariamente nell'interesse dello Stato alla giustizia; onde soprattutto nell'esplicazione di quella funzione si è sentita la necessità che i destinatari fossero anche partecipi del processo e cioè concorressero alla determinazione dell'atto nel momento, anzi nella serie dei momenti, in cui il potere si concretizza”].

<sup>284</sup> FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo...*, p. 110 [Tradução livre do original: “il processo è uno schema più complesso del “procedimento”, in quanto è costituito da più serie di atti (e posizioni soggettive), mutuamente implicate fra loro e ciascuna facente capo ad un soggetto (all'ufficio, al ratore, al convenuto, etc.)”].

<sup>285</sup> FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo...*, p. 110-111 [Tradução livre do original: “La fecondità di tale distinzione mi sembra evidente sotto un duplice riflesso. Innanzitutto, essa sottolinea l'indifettibile concorso di più soggetti, quale deriva, nel rito giudiziario, dalla *par conditio* dei contendenti e dalla costanza del loro contraddittorio. Inoltre, e in quanto consente di enucleare relativamente a ciascuno dei soggetti del processo la serie di atti ad esso imputati, offre la possibilità di considerare e valutare, nel loro complesso e sotto un profilo unitario, le posizioni processuali di ogni partecipe”].

<sup>286</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. XII, v. 2, p. 861-880, 1958.

do provimento; de tal modo que o seu autor possa e deva tomar conhecimento também dos resultados das atividades de seus momentos decisivos. Esta participação, indico, representa um sinal do processo, ainda que não esgotado o recorte (se verá mais adiante que a noção de processo é marcada não pela participação *em si*, mas pelo *modo* como a participação ocorre).<sup>287</sup>

Na sequência, reitera a necessidade de definição do processo<sup>288</sup> e, assinalados os seus limites, mesmo que por baixo, ou seja, por aquelas formas que não são efetivamente processuais, a doutrina deve seguir em frente buscando harmonizá-lo com a explicação daquela característica constante que permite possa atingir o seu mais notável atributo, qual seja, a *jurisdicionalidade*; com isso se possibilitará seja banido o risco de que o uso do instrumento eletivo da jurisdição – o *processo* – possa fazer passar por atividades jurisdicionais, aquelas que na verdade não o são<sup>289</sup>. Feito isso, caberia aos doutrinadores a elaboração dos princípios que deveriam reger o seu desenvolvimento, considerando as características próprias de cada processo.<sup>290</sup>

Sustenta, então, que *procedimento* e *processo* compõem um gênero comum, “caracterizado pela determinação normativa de uma série de atos (e posições subjetivas), numa seqüência ordenada, objetivando a constituição de uma

---

<sup>287</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 861-862. [Tradução livre do original: “In generale, tende a diffondersi il fenomeno della partecipazione degli interessati all’*iter* di formazione del provvedimento (intendendosi per tali coloro nella cui sfera l’atto è destinato ad incidere), più precisamente, il fenomeno della partecipazione degli interessati alla fase di ricognizione dei presupposti del provvedimento; talché il suo autore possa e debba tener conto anche dei risultati delle attività da essi svolte. Questa partecipazione, appunto, rappresenta un connotato necessario del processo, anche se non esaurisce il profilo (si vedrà più innanzi che la nozione di processo è individuata non dall’*an* ma da *come* di tale partecipazione”).]

<sup>288</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 868: “Aqui a doutrina deve atender uma necessidade. Disse que é sua tarefa reconhecer e delimitar o processo. Com efeito, distinguindo-o das formas que se passam por processo, sem o ser, pode evitar-se, por um lado, que sejam eliminadas as verdadeiras garantias do processo na atividade administrativa e, por outro, poder sustentar o reconhecimento e o emprego daquelas formas diminutas que, se não são processuais, todavia não vão de todo repudiadas, constituindo um apreciável princípio de garantia assegurada pela lei”. [Tradução livre do original: “Qui deve sopperire la dottrina. Dicevo che è suo compito riconoscere e delimitare il processo. Infatti, distinguendolo dalle forme che si passano per processo, senza esserlo, essa può evitare, da un canto, che si elidano, nell’attività amministrativa, le vere garanzie del processo, e, dall’altro, può aiutare a riconoscere ed adoperare quelle forme diminute che, se processuali non sono, tuttavia non vanno del tutto repudiate, costituendo un apprezzabile principio di garanzia.”]

<sup>289</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 868: “Segnati i confini del processo per così dire in basso e cioè dalla parte delle forme men che processuali, la dottrina deve poi coerenzialmente verso l’alto, deve cioè enucleare le caratteristiche in costanza delle quali il processo attinge il suo più cospicuo attributo, ch’è quello della giurisdizionalità: affinché sia bandito il rischio che l’uso dello strumento elettivo della giurisdizione – il processo – possa far passare per giurisdizionali attività che non lo sono.”

<sup>290</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 868: “Idividuato il processo, la dottrina deve poi, come pure rilevavo all’inizio, elaborare i principi che ne governano lo svolgimento”.

*fattispecie*<sup>291</sup>. Contudo, sublinha que não bastaria, para caracterizar esta distinção, afirmar que no processo ocorre a participação de vários sujeitos, que são os responsáveis pela prática dos atos que o constituem<sup>292</sup>. Estabelece que essa participação deve ocorrer marcada por uma estrutura dialética, ou seja, em *contraditório*; conclui, então, que é esta a característica capaz de distinguir o *processo* do *procedimento*:

Há processo, em suma, quando no *iter* de formação de um ato exista contraditório, ou seja, quando seja permitido aos vários interessados participarem da fase de reconhecimento dos pressupostos, em pé de igualdade, e desenvolver atividade da qual o autor deva tomar conhecimento, cujos resultados este pode até descumprir, porém não pode suprimir.<sup>293</sup>

Contudo, explicita FAZZALARI que nem sempre o *contraditório* será articulado por meio de uma exata equivalência de poderes entre os interessados; admite, pois, que existem casos em que a própria norma limita qualitativa e quantitativamente a atividade dos envolvidos. Não obstante, isso não seria suficiente a descaracterizar o processo:

Obviamente, o esquema de processo será contemplado *in vitro*, ou seja, em sua descrição normativa; há processo quantas vezes a norma predisponha, pelo cumprimento de uma atividade, a estrutura dialética acima indicada, ainda se, no caso concreto, os interessados não estejam em contraposição e não implementem o *contraditório*. É, pois, apenas o caso de acrescentar que, não obstante a incidência da norma na fase de reconhecimento dos pressupostos do ato, o *contraditório* não se articula, em todos os tipos de processo, mediante poderes (e faculdades e deveres) equivalentes por conteúdo e número, que antes pode, vez por outra, ser concebido pela norma de forma qualitativa e quantitativamente diversa, no mais em razão do tipo e da natureza do ato cuja fase preparatória em *contraditório* deva aparecer.<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 868-869: “Ferma l'appartenenza del “procedimento” e del “processo” ad un genere comune, contraddistinto dalla collocazione normativa di una serie di atti (e posizioni soggettive) in ordinata sequenza, in vista e fino alla costituzione di una *fattispecie* (...)”.

<sup>292</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 869: “(...) non basta, per distinguerli, il rilievo che, nel processo, vi è la partecipazione di più soggetti, che cioè gli atti che lo costituiscono sono posti in essere da più soggetti”.

<sup>293</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 869-870 [Tradução livre do original: C'è processo, insomma, quando nell'*iter* di formazione de in atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla fase di recognizione dei pressuposti sul piede di reciproca e simetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare].

<sup>294</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 870. [Tradução livre do original: “Ovviamente, lo schema del processo va contemplato *in vitro*, cioè nella sua descrizione normativa; c'è processo quante volte la norma predisponda, per il compimento di una attività, la struttura dialettica sopra indicata, anche se, nel caso concreto, gli interessati non risultino in contrasto e non attuino il contraddittorio. È, poi, appena il caso di aggiungere che, pur incidendo di norma nella fase di recognizione dell'atto, il contraddittorio non si articola, in tutti i tipi di processo,

Dentre os exemplos cita a diferença entre os processos, de um lado, regidos pelo princípio dispositivo – que determina, em seu curso, uma complexa e efetiva participação dos interessados – e, de outro, aqueles processos que delimitam a participação dos interessados, confiando a iniciativa ao autor do ato ou, ao menos limitando o contraditório à discussão dos temas e das provas, propostas e adquiridas pelo autor do ato – o juiz<sup>295</sup>. Com isso, fica evidente que admite a existência de contraditório nos processos inquisitórios.

Interessante, ainda, observar a crítica que FAZZALARI formula contra as teorias que propuseram a definição do processo vinculada à ideia de *lide*, tal como aquela defendida por CARNELUTTI em sua obra *Sistemas de Direito Processual Civil*, afirmando ser “o processo a soma dos atos que se realizam para a composição da lide” e o procedimento, por sua vez, “a ordem e a sequência de tal realização”<sup>296</sup>. E dispa FAZZALARI: mesmo naqueles casos em que esteja ausente o conflito de interesses, havendo um procedimento a se desenvolver em contraditório, há processo:

O conflito de interesses (ou sobre o modo de valorar um interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante um processo; mas no máximo se pode falar de processo enquanto são verificados, *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético acima ilustrados. Na ausência desta estrutura, é inútil indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde está ausente o contraditório, ou a possibilidade, prevista pela norma, que ele se realize, não existe processo.<sup>297</sup>

Sustenta o autor que não pode ser esquecida a sedutora hipótese, até então estagnada, segundo a qual, no esquema processual, a participação paritária e

---

mediante potere (e facoltà e doveri) uguali per contenuto e numero, ché anzi può, di volta in volta, essere realizzato dalla norma in forme qualitativamente e quantitativamente diverse, per lo più in ragione del tipo e della natura dell'atto cui la fase preparatoria in contraddittorio deve metter capo”.]

<sup>295</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 870: “Si pensi (...) alle differenze fra processi, come quello di cognizione civile, che attuano, attraverso complesse e complete partecipazioni, il principio dispositivo, e processi che, invece, circoscrivono la partecipazione degli interessati, confidando l'iniziativa all'autore dell'atto o, almeno, limitando il contraddittorio alla discussione di temi e prove,proposti e raccolte dall'autore dell'atto”.

<sup>296</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 871.

<sup>297</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 872. [Tradução livre do original: “Il conflitto di interessi (o sul modo di valutare um interesse) potrà costituire la ragione per cui la norma fa svolgere un'attività mediante processo; ma, in tanto, si può parlare di processo, in quanto si constatino, *ex positivo iure*, la struttura e lo svolgimento dialettico sopra illustrati. In assenza di tale strttura, è vano indagare intorno ad un attuale o eventuale conflitto di interessi: dov'è assente il contraddittorio, cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi, ivi non c'è processo”.]

dialética entre vários sujeitos seria a forma sob a qual se exerce, no plano técnico-jurídico, o jogo da democracia.<sup>298</sup>

E, por fim, aduz que o conjunto de atividades, mutuamente implicadas, em que se torna concreto e resolve o processo jurisdicional, além da constância do contraditório entre as partes, apresenta uma ulterior característica: a independência e o estranhamento do juiz em relação ao caso levado ao seu conhecimento.<sup>299</sup>

Em outro trabalho, publicado em 1965 – este, resultado da aula inaugural ao Curso de Direito Processual Civil da Universidade de Pisa, em 09 de dezembro de 1964<sup>300</sup> –, FAZZALARI ressalta o quanto o estudo do Direito Processual ainda está repleto de mitos, destacando-se, nesta prolusão, o trecho em que, retomando as ideias anteriormente trabalhadas, de forma evidente, parte do *caráter dinâmico do processo* – concebido por James GOLDSCHMIDT – para sustentar seu conceito de processo como procedimento em contraditório:

Configuração mítica é, pois, também aquela do processo como relação jurídica: tal esquema é aqui de todo estéril, enquanto não consegue manifestar a diversificada e dinâmica realidade do processo. Ainda que boa parte da nossa doutrina parece ter saído do estreitamento, por um lado há quem ainda tende a reconhecer alguma utilidade no emprego daquele esquema, de outro resta reafirmar a distinção entre as duas espécies do *genus* procedimento: este último, sendo caracterizado pela atribuição normativa de uma série de atos (e posições subjetivas), em sequência ordenada, em vista de – e até a constituição – de uma *fattispecie*; há processo quando no *iter* de formação de um ato exista contraditório, ou seja, quando seja permitido aos vários interessados participarem da fase de reconhecimento dos pressupostos, em pé de igualdade, e desenvolver atividade da qual o autor deva tomar conhecimento, cujos resultados este pode até descumprir, porém não pode suprimir.<sup>301</sup>

<sup>298</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 875: Né va dimenticata la seducente ipotesi, da poco avanzata, secondo la quale lo schema processuale, la paritetica e dialettica partecipazione di più soggetti che lo contraddistingue sarebbero le forme in cui si attua, sul piano tecnico giuridico, anche il gioco della democrazia”.

<sup>299</sup> FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina...*, p. 875: “L’insieme di attività, mutuamente implicate, in che se si concreta e resolve il processo giurisdizionale, presenta, oltre che la costanza del contraddittorio fra le parti, ulteriori caratteristiche: l’indipendenza ed estraneità dell’autore del provimento, cioè del giudice (...)”.

<sup>300</sup> FAZZALARI, Elio. L’esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, v. XX, p. 10-30, 1965.

<sup>301</sup> FAZZALARI, Elio. *L’esperienza del processo nella cultura contemporanea...*, p. 27 [Tradução livre do original: Configurazione mítica è, poi, anche quella del processo come rapporto giuridico: tale schema è qui del tutto sterile, in quanto non riesce a dispiegare la varia e dinamica realtà del processo. Anche se buona parte della nostra dottrina sembra essere uscita dalla strettoia, da un canto taluno tende ancora a riconoscere qualche utilità all’impiego di quello schema, dall’altro rimane da ribadire la distinzione fra le due specie del *genus* procedimento: questo ultimo essendo contraddistinto dalla collocazione normativa di una serie di atti (e posizioni soggettive) in ordinata sequenza, in vista e fino alla costituzione di una *fattispecie* c’è processo, quando nell’*iter* di formazione di un atto c’è contraddittorio, cioè è consentito ai destinatari dell’atto di partecipare alla fase di ricognizione dei suoi presupposti, sul piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l’autore dell’atto debba tener conto, i cui risultati, cioè egli possa disattendere, ma non pubblicare].

O ponto culminante da teoria do processo como procedimento em contraditório ocorre com a publicação da obra *Istituzioni di diritto processuale*<sup>302</sup>, em Padova, no ano de 1975. Nesta obra, FAZZALARI novamente aponta seu arsenal contra a teoria da relação jurídica, aduzindo que “os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o ‘processo’ (esquema da disciplina de sua competência) e permaneceram ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado *clichê* pandetístico da ‘relação jurídica processual’”.<sup>303</sup>

Segundo o autor, para se chegar ao conceito de processo, deve-se partir do estudo da norma jurídica; com isso pretende traçar um perfil da “teoria das formas”, constatando que o *processo* é, de fato, uma de tais formas.<sup>304</sup>

Sob o plano lógico-formal compreende que “a norma consiste no padrão de valoração de uma conduta, articulando-se: a) pela descrição do comportamento do ato que se queira regular (nela os vários elementos e requisitos do ato são apontados); b) pela ligação ao ato de uma das qualificações de ‘lícito’ ou de ‘obrigatório’”.<sup>305</sup>

Conforme FAZZALARI, o “ilícito” não deve ser contemplado como característica da norma; exemplifica, aduzindo não ser correto pensar que, pela norma, matar um homem seja um “ilícito”, uma vez que o correto é considerar que “não matar” seja um “dever”. Com isso, compreende que “‘ilícita’ é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada pela norma, mas àquela concretamente mantida por um sujeito, e de forma diferente do modelo de conduta ‘devida’”.<sup>306</sup> Explica Aroldo Plínio GONÇALVES que essa análise não exclui o *ilícito* da experiência do Direito, “mas nela ele comparece como inobservância da conduta devida, descrita pela norma substancial, pela norma de direito material. Terá ele, naturalmente, assim como o direito material cuja tutela é requerida, suas relações com o ato final, o provimento, no processo, mas não integra a sua estrutura”.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

<sup>303</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 111.

<sup>304</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 76.

<sup>305</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 77.

<sup>306</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 78.

<sup>307</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 107.

Acrescenta FAZZALARI que, com frequência, a norma contém a indicação do seu “pressuposto”, em função do qual um determinado comportamento é submetido à valoração jurídica; ele denomina esse pressuposto de “*fattispecie*”, aduzindo ser o “termo usado por quem distingue no seio da norma o pressuposto da prescrição”.<sup>308</sup>

Por outro lado, a norma também pode descrever um comportamento singular ou, ainda, a sequência de um comportamento típico, ou seja, aquele suscetível a indefinidas repetições. Nesse aspecto, trata especificamente do *ato jurídico*: “quando a conduta consiste em uma vontade, esta pode ser considerada como ‘padrão de valoração’ ou como ‘ato valorado’ (qualificado como ‘lícito’ ou ‘obrigatório’)”.<sup>309</sup>

Porém, a norma não é contemplada somente do ponto de vista de sua estrutura lógica, como “padrão de valoração de uma conduta”; ela pode e deve ser verificada sob outros ângulos como, por exemplo, seguindo o modelo de comportamento por ela descrito, distinguir o sujeito ao qual se dirige e, assim, fazer emergir a *posição do sujeito em relação à norma*; em outros termos, pode-se imputar ao sujeito a valoração normativa:

(...) tal “*posição (jurídica) subjetiva*” é indicada com o termo “*faculdade*”, se a conduta é valorada (pela norma) como “lícita” (...) e é indicada com o termo “*dever*”, se tal posição é valorada como “*obrigatória*” (...), no sentido de que o segundo seja um dever correlato a um “*direito subjetivo*” (iremos dizê-lo mais adiante), o mesmo não se pode dizer da distinção entre “*faculdade*” e “*poder*”: a primeira ocorre quando o comportamento ilícito é mero ato (...); o segundo quando se converte em um negócio.<sup>310</sup>

Especifica, então, que “*padrão de valoração*”, “*ato jurídico*” e “*posição subjetiva*” são as três angulações pelas quais qualquer norma pode ser encarada. A posição jurídica subjetiva – representando um dos aspectos da norma – deve ser considerada sob os planos *abstrato* (quando são determinadas pelas normas sem referência a um sujeito real) e *concreto* (quando se destinam a um sujeito determinado fazendo uma ponte entre o sujeito e o ato jurídico concreto).

Com isso, identifica as *posições primárias* do sujeito em relação à norma: a *faculdade*, o *poder* e o *dever*. Em outras palavras, a partir da norma pode ser perquirida uma posição subjetiva, que consistirá em uma *faculdade*, um *poder* ou um *dever*, assegurando ao sujeito uma posição de vantagem; esta, por sua vez, é

<sup>308</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 77-79.

<sup>309</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 80.

<sup>310</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 81.

compreendida como um *direito subjetivo*, uma *posição fundamental de segundo grau*. Ou seja, “ligando o ‘objeto’ do comportamento descrito pela norma ao sujeito ao qual ela, com a própria valoração, assegura uma posição de proeminência (em relação àquele objeto, justamente), chega-se a uma outra posição fundamental, de segundo grau: o ‘*direito subjetivo*’ ”<sup>311</sup>. Propõe, em síntese, que o *direito subjetivo* seja encarado a partir da posição do sujeito em relação ao comportamento determinado pela norma, conforme explica Aroldo Plínio GONÇALVES:

Da posição do sujeito em relação ao comportamento descrito na norma, FAZZALARI extrai o conceito de direito subjetivo, não como um poder sobre a conduta alheia, ou de direito à prestação decorrente de relação jurídica, mas como uma posição de vantagem do direito assegurada pela norma, em posição que se apreende pelo “objeto do comportamento” descrito na norma relacionado ao sujeito. Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu.<sup>312</sup>

Conforme FAZZALARI existem vários tipos de conexões entre normas, atos e posições subjetivas<sup>313</sup>. Uma dessas espécies de conexões é aquele que se manifesta em *sequência*; em primeiro plano trabalha na conexão *ato e efeitos*: “pensa-se na sequência de normas constituída, no plano abstrato, no qual valora uma ou mais condutas (como lícitas e como devidas), e uma outra norma, logicamente sucessiva, absorve tais condutas como pressuposto de qualificação (de faculdade ou de obrigação) de um outro comportamento”<sup>314</sup>. E, posteriormente, acrescenta: “outras sequências de normas, posições subjetivas e atos são constituídas pelo ‘*procedimento*’ e pelo ‘*processo*’ ”.<sup>315</sup>

Afirma que “(...) o ‘procedimento’ se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladoras de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição de sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora do ‘ato final’ ”.<sup>316</sup>

Em outros termos, a estrutura do procedimento é obtida por uma série de normas, até aquela reguladora do ato final, cada uma das quais regula a conduta – como *direito* ou como *obrigação* –, mas que enuncia como pressuposto da sua

<sup>311</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 83

<sup>312</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo...*, p. 109.

<sup>313</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 91.

<sup>314</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 92.

<sup>315</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 93.

<sup>316</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 93.



aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série. Trata-se, então, de “uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas”<sup>317</sup>. Em sendo assim:

O procedimento é visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’ quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam, também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever).<sup>318</sup>

Nesse sentido, resume Aroldo Plínio GONÇALVES: “o procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas”.<sup>319</sup>

Porém, se o procedimento estiver regulado de modo que dele também participem aqueles em cuja esfera jurídica do ato final é destinado a produzir efeitos, de modo que o autor do ato final – o juiz – deva dar aos destinatários o conhecimento de sua atividade, e desde que os destinatários estejam num plano de simétrica paridade – ou seja, em *contraditório* –, do gênero *procedimento* pode ser extraída a espécie *processo*. Em outras palavras, o *processo* é uma espécie mais complexa e articulada do gênero *procedimento*, marcado de forma indefectível pelo *contraditório*.<sup>320</sup>

É interessante observar que, a partir da noção de *direito subjetivo* proposta por FAZZALARI, vista no procedimento – e no processo –, não admite se possa sustentar um poder sobre a conduta da parte adversa, senão sobre os efeitos determinados pela norma<sup>321</sup>; desse modo, os direitos e as obrigações, no processo, advêm da estrutura normativa (procedimental) que o funda, e não de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais. Nota-se, também aqui, outra incontestável vinculação de FAZZALARI ao pensamento de James GOLDSCHMIDT. Em resumo,

<sup>317</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 113-114.

<sup>318</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 114.

<sup>319</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo...*, p. 108:

<sup>320</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 94.

<sup>321</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo...*, p. 106: “Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu”.

O ilustre processualista explicitou que o **processo** não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, **mas** pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do **processo**, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual.<sup>322</sup>

A estrutura dialética do procedimento, demarcada pelo *contraditório*, é o que permite definir o *processo* e seus arquétipos. De forma sintetizada, Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA define que o contraditório como sendo a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contraditá-los”<sup>323</sup>. Conforme Aroldo Plínio GONÇALVES – baseado em Sergio LA CHINA –, o contraditório articula-se em dois momentos essenciais: a) como *informazione* (*informação*), sempre necessária, que consiste no dever das partes serem informadas e de que se garanta que a informação; e, b) como *reazione* (*reação*), sendo eventual e manifestada pela possibilidade de um movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação. E assim compreende que “não se pode perder de vista que o contraditório é garantia, a possibilidade assegurada da participação das partes em simétrica paridade, e uma garantia considerada do ângulo do Estado, é um dever, mas do ângulo do jurisdicionado jamais pode ser identificada a uma coação, porque sempre será proteção assegurada pelo Direito”.<sup>324</sup>

Observa FAZZALARI que “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais”<sup>325</sup>. Desse modo, é forçoso reconhecer que, no processo penal, o contraditório “reflete-se [n]um *dever-ser* que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial”<sup>326</sup>. Além disso, observa Marcelo CATTONI:

A tensão interna, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, entre pretensão de legitimidade e a positividade do Direito manifesta-se, no exercício da Jurisdição, como o problema de um procedimento que seja a um só tempo correto e consistente. Tal pretensão assume vida nova no

<sup>322</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008, p. 83.

<sup>323</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 82.

<sup>324</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo...*, p. 126-127.

<sup>325</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 122.

<sup>326</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro...*, p. 44.

nível pragmático do próprio processo jurisdicional, porque as exigentes formas de comunicação e do procedimento de argumentação devem harmonizar-se com as restrições impostas pelo próprio Direito.<sup>327</sup>

Conforme Érica de Oliveira HARTMANN, “para que seja possível um processo penal mais democrático, dentre tantas medidas necessárias, parece imprescindível adotar, de uma vez por todas, a teoria de ELIO FAZZALARI sobre a natureza do processo, para que seja possível, definitivamente, embutir na essência do processo a real participação dos sujeitos processuais”.<sup>328</sup>

Ademais, evidencia-se que a Constituição da República brasileira de 1988 adotou a *teoria do processo como procedimento em contraditório* no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Antes, não era esse o tratamento constitucional do contraditório.<sup>329</sup>

Daí que o processo jurisdicional é meio pelo “qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem (...) direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”.<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: 2001, p. 197.

<sup>328</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático...*, p. 167.

<sup>329</sup> Nota-se que o tratamento do contraditório ocorreu de forma bem diferente nas Constituições brasileiras anteriores: Art. 122, 11, CR de 1937: “(...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”; Art. 141, § 25, CR de 1946: “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”; Art. 150, § 16, CR de 1967: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”; Art. 153, § 16, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

<sup>330</sup> CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional...*, p. 200.

### **CAPÍTULO III. EM BUSCA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO: A (RE)VALORIZAÇÃO DA NOÇÃO DE PARTE NO PROCESSO PENAL**

#### **Seção I. A Impropriedade da Teoria Geral do Processo: Necessidade de Respeito às Categorias Jurídicas Próprias do Direito Processual Penal. Crítica aos Aportes Teóricos da Escola Instrumentalista do Processo e sua Legitimação ao Sistema Processual Penal Inquisitório.**

Depois de delimitadas as principais teorias do processo, é preciso situar a problemática que gira em torno de uma pretensa *teoria geral do processo* e das propostas da *escola instrumentalista do processo*, capitaneadas pela denominada “Escola Paulista de Processo”. Entende-se, desde outras concepções, que os referidos marcos teóricos não se mostram aptos a possibilitar um aperfeiçoamento do processo penal e do direito processual penal, embora não se possa deixar de reconhecer os avanços que dela decorreram.

Conforme exposto anteriormente, a autonomia do direito processual decorreu principalmente dos estudos dos juristas alemães da segunda metade do século XIX, na polêmica em torno da *actio* romana ocorrida entre Bernhard WINDCHEID e Theodor MÜTHER em 1856-1857 e, posteriormente, com contribuição de Oskar von BÜLOW, que em 1868 publica *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais).

A partir do assentamento da autonomia do direito processual, agregou-se o desenvolvimento do estatuto teórico (também autônomo) das diversas disciplinas processuais (civil, penal, trabalhista, administrativo, etc), de modo que, à liberdade das amarras do direito material, hoje, é imperioso se propugnar pela liberdade de uma pretendida *teoria unitária do processo*, que não dá conta da reunião das diversas disciplinas em torno de um tronco comum.

Bastante paradoxal é que CARNELUTTI, um dos maiores expoentes – senão o maior – da *teoria geral do processo* (pelo menos por algum tempo), comparou o Direito Processual Penal à *Cinderela*<sup>331</sup>, irmã pobre do Direito Penal e

---

<sup>331</sup> CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: \_\_\_\_\_. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 14-21.

do Direito Processual Civil<sup>332</sup>. Então, é preciso lutar para que o Direito Processual Penal tenha, enfim, suas próprias roupa(gen)s<sup>333</sup>. A implicância inicial nesse desiderato reside na pretensão de completo abandono da *teoria unitária do processo*, em respeito às categorias jurídicas próprias do Direito Processual Penal<sup>334</sup>, sem embargo das terminologias, em várias passagens, confundirem-se.

Adverte-se, em primeiro plano, para uma peculiaridade do processo penal já suficiente a desnaturar a *teoria geral do processo*: a indefectível *necessidade* da manifestação jurisdicional, por meio do processo penal, para o acerto do caso penal e para a aplicação de uma *sanção penal*. Explica-se: a *relação de imputação* – conduta humana que transgride uma norma jurídica ou produz efeitos a ela opostos –, que poderá decorrer na correlata imposição de uma *sanção*, no Direito Penal, manifesta-se através de uma *pena*<sup>335</sup>, que, por sua vez, não possui realidade senão por meio do devido processo penal (*nulla poena sine iudicio*). A partir desta premissa, pode-se afirmar que “não existe delito sem pena; nem pena sem delito; nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.<sup>336</sup>

Aqui reside a chamada *mútua complementariedade funcional* entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal<sup>337</sup>, que não significa a negação da *autonomia teleológica* destes ramos do Direito: esta constatação está fundamentada nos respectivos *pressupostos funcionais*, dos quais derivam as diferentes *categorias*

---

<sup>332</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La Cenicienta...*, p. 15: “Era uma vez três irmãs que tinham em comum pelo menos um de seus progenitores: chamavam-se *ciencia do direito penal*, *ciencia do proceso penal* e *ciencia do proceso civil*. E ocorreu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram mais belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência miseráveis”. [Tradução livre do original: “Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la *ciencia del derecho penal*, la *ciencia del proceso penal* y la *ciencia del proceso civil*. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas”].

<sup>333</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 30 e ss.

<sup>334</sup> LOPES, JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal...*, p. 199.

<sup>335</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 43: “Uma conduta humana passa a ser chamada ‘ilícita’ quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõe. A oposição lógica entre a conduta e a norma (cuja consideração analítica dá origem a um objeto de estudo chamado *ilícito*) estipula uma relação, de caráter deontico – denominada relação de imputação –, que traz como segundo termo a *sanção* correspondente. Quando esta sanção é uma *pena*, espécie particularmente grave de sanção, o ilícito é chamado *crime*”.

<sup>336</sup> ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. 7ª. ed. Madrid: Artes Graficas y Ediciones, 1972, p. 2: Tradução livre do original: “no hay delito sin pena y proceso; ni pena sin delito y proceso; ni proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena”. Com base nessas lições, Aury LOPES JR discorre sobre o *princípio da necessidade do processo em relação à pena* (LOPES JR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 23-26).

<sup>337</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal...*, p. 28.

*axiológicas* presentes no Direito Penal e no Direito Processual Penal, conforme ensina FIGUEIREDO DIAS:

Das diferenças de pressupostos funcionais são expressão, por sua vez, as diversas *categorias axiológicas* que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação de vida no *espaço social*, visa valorá-la dentro da dicotomia “lícito-ilícito”; a de direito adjetivo, referida a actos no *espaço processual* (“actos processuais”), visa enquadrá-los na dicotomia “admissível-inadmissível” ou “eficaz-ineficaz”.<sup>338</sup>

A pretensão de *unidade teórica do direito processual* é empreendida, principalmente, através do conceito de *lide*, de todo incabível no processo penal, conforme demonstrado à saciedade por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO<sup>339</sup>. Não subsiste, ademais, nas formulações de Giovanni LEONE, que buscou identificar o *conteúdo* do processo penal em torno do conceito de *lide penal*, no sentido de uma situação de conflito (permanente e indisponível) entre o direito punitivo do Estado (*ius puniendi*) e o direito de liberdade (jurídica) do acusado (*ius libertatis*)<sup>340</sup>, pois essa *presunção do conflito de interesses* nem sempre está presente no processo penal<sup>341</sup>, como no caso do acusado confessar a prática do crime e resolve não resistir à acusação, ou, então, naqueles casos em que o Ministério Público ou o querelante postulam a absolvição do acusado: ainda assim, em ambos os casos, haverá a necessidade de uma decisão judicial para o acerto do caso. Aí grande parte da debilidade da *teoria geral do processo*<sup>342</sup>. Assim, o problema não se

<sup>338</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal...*, p. 33-34.

<sup>339</sup> Para uma crítica a essa concepção: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

<sup>340</sup> LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1954, p. 34: “No processo penal subsiste, portanto, sempre um conflito, um contraste de interesses, ainda que a disposição das partes seja tal para não o esboçar: o contraste entre o direito subjetivo de punir do Estado e o direito de liberdade do imputado”. [Tradução livre do original: “Nel processo penale, pertanto, sussiste sempre un conflitto, un contrasto di interessi, ancorché l’atteggiamento delle parti sia tale da non farlo delineare: il contrasto tra il diritto soggettivo di punire dello Stato e il diritto della libertà dell’imputato”].

<sup>341</sup> Observa Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que, nesta acepção “(...) a preocupação imediata do juiz não é com a manifestação do Ministério Público e do imputado (que normalmente é conflitante, mas pode não ser), e sim com os interesses camuflados, isto é, o interesse punitivo e o interesse à liberdade, os quais escapam à esfera da atuação de ambos. Pouco importa, portanto, que o órgão da acusação (a quem compete deduzir o direito subjetivo de punir do Estado) atue no sentido oposto da punição; da mesma forma é desconsiderada qualquer atividade do imputado em se submeter *sponte sua* ao interesse estatal”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 96).

<sup>342</sup> Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO o conteúdo do processo penal gira em torno do *caso penal*: “Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –, e tem importância prática já na primeira fase de persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: **caso penal**, por exemplo. (...) Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de

encontra apenas no termo *lide*, mas no caráter acidental e não essencial da *controvérsia* no processo penal.<sup>343</sup>

Dentre outros fatores, isso implica não haver como se sustentar a pretensão de unidade teórica do processo, pois fundada sob bases frágeis; inclusive um dos maiores expoentes da teoria unitária no Brasil, Cândido Rangel DINAMARCO, reconhece que a *teoria geral do processo* “ainda é incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica, ela não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência”.<sup>344</sup>

Segundo Alberto M. BINDER não se trata de desprezar reflexões importantes nas bases iniciais do estudo do direito processual, em especial quando visou conectar as categorias processuais no marco do desenvolvimento do processo político<sup>345</sup>; contudo, afirma que a *teoria unitária do processo* não se sustenta, pois:

(...) muitas vezes ela, dissociando o desenvolvimento dos princípios, dos atos processuais, da forma de estruturar o processo em geral e evitando o necessário caráter crítico destes princípios em relação à realidade da administração da justiça em nossos países, cumprindo uma função de sustentação de fórmulas coloniais que nada tinham a ver com as pretensões iniciais da teoria geral do processo nem nas ideias dos seus criadores que, ao contrário, pretendiam elaborar um corpo de doutrina que

---

dúvida quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 138).

<sup>343</sup> Não adianta, portanto, substituir o termo *lide*, por outro equivalente a expressar a mesma ideia, como *controvérsia penal*: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 256: “Diante dessa divergência doutrinária, nesta obra fala-se em *controvérsia penal* e não em *lide penal*”. A partir de CARNELUTTI, afirma Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que: “a princípio, portanto, como refere o autor, todos os conflitos de interesses, observados de um modo genérico, poderiam chamar-se *lide* ou *controvérsia*”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 28).

<sup>344</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 67. Sob o viés da crítica, destaca Alberto M. BINDER que “essa busca de categorias unitárias dá lugar, em ocasiões, a visões superficiais e, sobretudo, oculta a maior riqueza dos sistemas processuais que, como já disse, reside na sua corresponsabilidade na elaboração das soluções concretas para os problemas da vida social”. [Tradução livre do original: “Esa búsqueda de categorías unitarias ha dado lugar, en ocasiones, a visiones superficiales y, sobre todo, ha ocultado la mayor riqueza de los sistemas procesales que, como ya he dicho, reside en su corresponsabilidad en la elaboración de las soluciones concretas para los problemas de la vida social”]. (BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 43).

<sup>345</sup> Aqui aporta, como o próprio autor reconhece, o rico marco teórico de James GOLDSCHMIDT, segundo o qual “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que los segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 109-110). A influência de James GOLDSCHMIDT nesse aspecto pode ser percebida também na doutrina italiana, através das afirmações de Gian Domenico PISAPIA: “È stato giustamente detto che il grado di civiltà di un popolo si misura soprattutto dal modo con cui sono salvaguardati i diritti e le libertà dell'imputato nel processo penale”. (PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale...*, p. 25).

produziria uma ruptura com as velhas práticas forenses do Antigo Regime.<sup>346</sup>

Outra crítica relevante é aquela formulada por FIGUEIREDO DIAS que, já em 1974, alertava que a era das grandes teorias se mostrava em um tempo definitivamente passado para o pensamento jurídico<sup>347</sup>. No âmbito do estudo do direito processual explica que “os resultados de uma teoria geral em nada conseguiram esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização”<sup>348</sup>. A problemática é também explorada por Willis Santiago GUERRA FILHO:

Uma teoria verdadeiramente geral do(s) processo(s) é, portanto, algo extremamente difícil de se fazer, pois pressupõe não só a comparação – ou antes, a possibilidade de comparação, a comparabilidade – entre os mais diversos tipos de processo dentro de um mesmo ordenamento jurídico (comparação intrassistemática), e também a comparação com os processos de ordenamentos jurídicos estrangeiros (comparação interssistemática), algo que só pode resultar na conjugação de esforços prévios, que superem paulatinamente cada um dos obstáculos mencionados.<sup>349</sup>

No mesmo sentido, as lições de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

(...) *princípio, sistema, conteúdo do processo* (qualquer um mais perquiridor sabe não existir *lide* no processo penal), são conceitos/matérias que não encontram a necessária paz suficiente na teoria do direito processual penal, antes de tudo, por falta de fundamentos extradogmáticos, a começar pelo mau vazo de se querer impor uma teoria geral do direito processual que, para nós – há de se insistir –, nada mais é que a teoria geral do direito processual civil aplicada, desmesuradamente, aos outros ramos e com maior vigor ao direito processual penal e ao direito processual do trabalho. Por primário, não há de se construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de consequência, não

---

<sup>346</sup> BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal...*, p. 43, nota 2 [Tradução livre do original: (...) muchas veces ella, disociando el desarrollo de los principios de los actos procesales, de la forma de estructurar el proceso en general y obviando el necesario carácter crítico de esos principios respecto de la realidad de la administración de la justicia en nuestros países, ha cumplido una función de sostenimiento de las formulas coloniales que nada tenían que ver con las pretensiones iniciales de la teoría general del proceso ni en las ideas de sus creadores quienes, al contrario, pretendían elaborar un cuerpo de doctrina que hiciera una ruptura con las viejas prácticas forenses del ‘Ancien Régime’.”.]

<sup>347</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal...*, p. 54. Atualmente, segundo Boaventura de Sousa SANTOS, diante da era de transição paradigmática, de grande complexidade social, é impossível a formulação de uma epistemologia geral, de uma teoria geral. Necessita-se, sim, “de uma teoria sobre a impossibilidade de uma teoria geral”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 39).

<sup>348</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal...*, p. 54.

<sup>349</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria geral do processo: em que sentido? In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 216-217.



comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre o DPP e DPC o princípio unificador, o sistema e conteúdo do processo são distintos, resultando daí uma TGP plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no DPP naturalmente.<sup>350</sup>

O que efetivamente se evidencia é que “a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra em nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”<sup>351</sup>. E, no arremate, as lições de Aury LOPES JR:

O processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, é o processo *de quem não tem*, do excluído. Isso contribui para o estigma da gata borralheira, mas não justifica. No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensa-se na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perdê-la ainda mais. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado.<sup>352</sup>

Além da crítica à *teoria geral do processo* como verdadeiro obstáculo à construção das categorias jurídicas próprias do Direito Processual Penal, merece, ainda, ser apresentada uma oposição àquelas ideias ligadas à denominada *escola instrumentalista do processo*, buscando nele – processo – *escopos metajurídicos*, conforme uma concepção *publicista*.<sup>353</sup>

Partindo desta noção *publicista*, uma autointitulada *nova escola processual* se arvora no mérito de ter transformado a maneira de considerar o *processo* e a sua *finalidade*, entendendo que “o interesse público na correta aplicação da lei deve prevalecer sobre o interesse particular de ver reconhecidos eventuais direitos das partes”<sup>354</sup>. A premissa é, evidentemente, equivocada, pois não existe dicotomia *interesse público x interesse privado* no processo penal, na medida em que o único

<sup>350</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

<sup>351</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 123. Essa constatação pode ser extraída, de certa forma, inclusive no pensamento do próprio DINAMARCO, quando afirma que “a teoria geral do processo, vista pelo estudioso do processo civil, só é metodologicamente válida, na medida em que sirva de apoio a soluções seguras em processo civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 78.).

<sup>352</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 36.

<sup>353</sup> LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>354</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

interesse público no processo penal é de que todos os Direitos Fundamentais daqueles submetidos à persecução penal sejam integralmente respeitados.<sup>355</sup>

Tendo em mira a *trilogia estrutural* do Direito Processual (jurisdição, ação e processo), o principal teórico, hoje, da *escola instrumentalista*, Candido Rangel DINAMARCO, concebe a *jurisdição* como centro gravitacional do estudo da disciplina<sup>356</sup>. Entende que a *ação* não poderia figurar no centro do sistema na medida em que dessa postura derivaria uma tendência marcadamente individualista e restrita ao processo civil, sem levar em consideração os postulados da *teoria geral*<sup>357</sup>. O *processo* também não mereceria ocupar essa posição de destaque, pois “não é fonte substancial de emanção e alvo de divergência das ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”<sup>358</sup>. Desse modo, o *processo* é encarado como instrumento de exercício do Poder Jurisdicional, pois visaria ao cumprimento dos objetivos traçados por esse poder estatal, em razão de demandas sociais.

A concepção de *instrumentalidade*, seguindo esses parâmetros, determinaria que o processo não representaria um fim em si mesmo, porém um meio para a consecução dos fins jurisdicionais: a partir dele deveria ser obtido o máximo de proveito na obtenção dos resultados almejados, levando-se em conta os *escopos do sistema* e a *efetividade processual*. É imperativo que o processo obtenha os resultados que dele espera a *nação*<sup>359</sup> e, no exercício da jurisdição, “o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade”.<sup>360</sup>

---

<sup>355</sup> Deveras importante é o alerta de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: “É nesse sentido que o *alienus* serve para que a gente possa pensar, em hipótese, que os Direitos Fundamentais não são meus, Direitos Fundamentais não são nossos, são coletivos; e que o coletivo é feito do somatório de todos nós. Enquanto não se tiver uma posição assumida deste porte, não se tem ética neste país, anômico de ética, porque é comandado por gente que, quando pensa, pensa em si; pensa no seu estamento; pensa na sua classe; pensa na sua estrutura e isso é uma vergonha. Mas não é de hoje”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. *Revista de estudos criminais*, Sapucaia do Sul, n.º 10, 2003, p. 53).

<sup>356</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 91: “Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes) seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina”.

<sup>357</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 92.

<sup>358</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 93.

<sup>359</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 179.

<sup>360</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 184.

Em sendo assim, tanto quanto o legislador, o juiz teria “a missão de decidir segundo as escolhas da sociedade”<sup>361</sup>. Em síntese: “para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências”.<sup>362</sup>

Diante disso, a *jurisdição* não poderia ser encarada tão somente no seu aspecto jurídico, pois, expressando uma parte do poder estatal, encontrando-se imbricada na estrutura política do Estado, deveria ser desvelado o panorama sócio-político em que se enquadra a real função jurisdicional. Daí a necessidade da jurisdição cumprir escopos jurídicos e metajurídicos (sociais e políticos). Para tanto, propõe a tomada de consciência para o caráter público do direito processual (*visão publicista*), em superação dos resíduos privatistas, procurando “equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e dispositivo na instrução”.<sup>363</sup>

Nesse equilíbrio impossível, propugna por uma postura ativa do juiz na colheita da prova no processo: “para a ilustração dessa tendência (...) está aí em primeiro lugar a grande abertura para a participação do juiz na atividade instrutória”<sup>364</sup>. Segundo DINAMARCO, “a nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade”, pois, “ao Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz expectador e conformado”<sup>365</sup>, já que “a atitude do juiz, curioso diante dos fatos a apurar, constitui fator de boa instrução do processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade de seus resultados institucionais”.<sup>366</sup>

O papel das partes no processo ficaria, assim, resumido à *sujeição*, já que “a sujeição é o contraposto negativo do poder e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício desse poder”<sup>367</sup>. Na fundamentação da *tendência publicista*, aduz que:

(...) da afirmada natureza pública do direito processual e suas tendências à publicização crescente decorre a idéia de uma extremada concentração de poderes nas mãos do juiz para a aquisição da prova. Se bem seja vigoroso para o Estado contemporâneo a efetiva participação do juiz, que não deve

---

<sup>361</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 233.

<sup>362</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 348.

<sup>363</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 62.

<sup>364</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 63.

<sup>365</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 184.

<sup>366</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 340.

<sup>367</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 88.

postar-se como mero expectador do duelo entre as partes, uma série de temperamentos a essa imaginável posição de *dominus* é de intuitiva necessidade. Sabe-se que o princípio da demanda e o dispositivo constituem limitações indispensáveis ao exercício da jurisdição, no sentido que o juiz não exerce seu mister *ex officio*, nem se considera inteiramente solto na relação processual, livre para investigar os fatos segundo os ditames da sua curiosidade.<sup>368</sup>

Nessa mesma toada, afirma José Roberto dos Santos BEDAQUE que o processo é instrumento da jurisdição, devendo ser entendido em função dela e “hoje, para o processo, como instituto fundamental do direito processual, em primeiro lugar está o interesse da coletividade, já que sua finalidade é a realização do direito e da paz social”<sup>369</sup>. Para BEDAQUE, considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita dos elementos probatórios não interessa apenas às partes, pois “ninguém melhor que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento”.<sup>370</sup>

A referida concepção – via *teoria geral do processo*<sup>371</sup> – deságua seus aportes no processo penal, denotando uma leitura deveras deturpada dos sistemas processuais penais<sup>372</sup>. Na mesma direção, entende-se que “à raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social”<sup>373</sup>. A submissão das partes ao poder jurisdicional é definitivamente a marca da visão publicista, pois “os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste”<sup>374</sup>. O direito substancial possuiria uma *vontade* e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar dessa *vontade*, mais perto se estaria da verdadeira paz social, que é

<sup>368</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 194.

<sup>369</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz...*, p. 73.

<sup>370</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz...*, p. 17.

<sup>371</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 68, nota 2: “Pretende-se, através da teoria geral do processo, organizar a realidade abrangente do processo segundo a perspectiva instrumentalista, ou seja, a partir de uma visão *externa*, dando realce, pois, à relação dialética de complementariedade existente entre ela e a ordem sócio-política e jurídico substancial da sociedade”. Ver, ainda: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...*

<sup>372</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, n.º 27, p. 71-79, 1999.

<sup>373</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório...*, p. 73.

<sup>374</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório...*, p. 73.

função social do processo<sup>375</sup>. Desse modo, “o papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo”<sup>376</sup>, pois o juiz “não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova”.<sup>377</sup>

Restam poucas dúvidas que as colocações da *escola instrumentalista* estão ligadas ao sistema processual *inquisitório* sob as vestes da *publicização*: é flagrante a defesa da prevalência do *princípio inquisitivo* sobre o *princípio dispositivo*, muito embora exista a tentativa, através de um *giro linguístico*, de conciliar o inconciliável, sustentando um *mix* dos dois princípios. Não sem razão a advertência de ALVARADO VELLOSO, segundo o qual “os processualistas penais – que trabalham com a vida, a honra e a liberdade das pessoas (e não só com seus patrimônios) – exigem cada dia, com mais força, que se retire, pela lei, toda possibilidade de atividade probatória pelo juiz!”<sup>378</sup>

Conforme Rosemiro Pereira LEAL, os adeptos da *escola instrumentalista* do processo se curvam ao voluntarismo jurisdicionalista do século passado, advertindo que:

A jurisdição, face ao estágio da Ciência Processual e do Direito Processual, não tem qualquer valia sem o **processo**, hoje considerado no plano do direito processual positivo, como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e isonomia entre as partes e como mecanismo de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz) que não mais está autorizado a utilizar o **processo** como método, meio ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu suposto saber decisório.<sup>379</sup>

Há, ainda, a necessidade de (des)velamento das *pretensões metajurídicas* da jurisdição (e de seu instrumento, o *processo*<sup>380</sup>) propostas pela *escola instrumentalista*, questionando, inicialmente, se existe aí uma desconsideração do

<sup>375</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório...*, p. 73.

<sup>376</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório...*, p. 73.

<sup>377</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório...*, p. 73.

<sup>378</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio...*, p. 306 [Tradução livre do original: “(...) los procesalistas penales – que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios) – exigen cada día con más fuerza que se retire desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!”].

<sup>379</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo...*, p. 29.

<sup>380</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz...*, p. 72 “Sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como o instrumento de atuação da lei no caso concreto, como o instrumento da garantia da ordem jurídica, da autoridade do Estado”.

câmbio paradigmático ocorrido na filosofia (*viragem linguística*) e, também, a guinada de rumo da economia. Nesse sentido, de J. J. CALMON DE PASSOS:

É essa evidência que o modismo da “instrumentalidade do processo” camufla, ou conscientemente – perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico – equívoco a ser corrigido. Ele parece ignorar ou finge ignorar o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu neste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do Bem Estar Social e, principalmente, as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial. São elas a revolução eletrônica, seguida pelas revoluções das comunicações, dos novos materiais, da biotecnológica, todas incorporando lógicas próprias que determinaram a hibridização das várias lógicas organizativas as quais, por sua vez, influenciaram a mudança radical operada na ciência organizacional, com inevitável repercussão sobre o Estado e o direito. Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir seja repensado o que ontem tínhamos como certeza.<sup>381</sup>

Um ponto a ser colocado em xeque é a postura ativa do juiz delineada pela *escola instrumentalista* para uma *teoria geral do processo*, pois a atuação do Poder Judiciário estaria dirigida a escopos *metajurídicos salvadores*. Não obstante, nota-se que no Estado de Bem Estar Social havia o controle da conduta disciplinada dos indivíduos através dos respectivos *papéis produtivos*: era a sociedade que incitava forças combinadas e buscava avançar mediante esforços coletivos; logo, os alegados avanços pretendidos não poderiam ocorrer através de um conclamado *solipsismo*<sup>382</sup>, que (con)cede mais e mais poder a um pretenso *Salvador da Pátria*.

Veja-se, ainda, as consequências das referidas propostas com a atual realidade econômica global: a adoção de *escopos metajurídicos*, via processo, na atual conjuntura econômica, encaixa-se na medida – e escondida sob o manto de implementação do Estado de Bem-Estar Social – aos *ideários neoliberais*; verifica-se inclusive, que a terminologia da *escola instrumentalista* aderiu às novas palavras de ordem na seguinte afirmação: “como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como seus resultados

---

<sup>381</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo, n.º 102, abr/jun 2001, p. 57.

<sup>382</sup> Conferir a crítica à opção pelo paradigma subjetivista-solipsista da *escola instrumentalista* em: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40-42.

chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária”<sup>383</sup>. Então, questiona-se: no processo penal, quem são os *clientes preferenciais*?

A citação retro é sintomática, tendo em vista o esvaziamento da ideia da rede de segurança do Estado de Bem Estar Social<sup>384</sup>, pois, no vácuo da crise principiológica do Estado, o discurso da globalização e de sua matriz economicista – o neoliberalismo –, capitaneado por Friedrich HAYEK<sup>385</sup> e Milton FRIEDMAN<sup>386</sup> impôs um verdadeiro *câmbio epistemológico* que abandonou a *relação causa-efeito* para colocar em seu lugar a relação *custo-benefício*, configurando a *eficiência* como balizamento de atuação, doravante integrada na principiologia constitucional (art. 37, CR)<sup>387</sup>, (con)fundindo *efetividade* (fins) com *eficiência* (meios)<sup>388</sup>. Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

(...) é nesse espaço que entra a noção de ação eficiente, no lugar daquela de causa-efeito, da falibilidade humana na previsão dos fins. Com isso, combatia-se – e combate-se – o *construtivismo*, ou seja, as *instituições deliberadamente criadas* (pense-se, antes de tudo, no *processo* como objeto *cultural*), fruto da razão (falha por natureza) e da crença em resultados não raro impossíveis. No seu lugar, *ordens naturais espontâneas* seriam eleitas, após os *erros dos atores sociais*, tudo mirado no mercado, a principal delas e sua balizadora. Não foi por outro motivo que o mercado acabou glorificado; e o pensamento em torno dele o supra-sumo da intelectualidade, ao ponto de, para quem tem alguma memória, todos os que se colocaram em seu caminho serem taxados de *neoburros* e/ou *neobobos*.<sup>389</sup>

<sup>383</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...*, p. 43 (destaque no original).

<sup>384</sup> De acordo com Zygmunt BAUMAN, “poucos de nós se lembram hoje de que o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo... Os dispositivos da previdência eram então considerados uma rede de segurança, estendida pela comunidade como um todo, sob cada um de seus membros... A comunidade assumia a responsabilidade de garantir que os desempregados tivessem saúde e habilidades suficientes para se reempregar e de resguardá-los dos temporários soluços e caprichos das vicissitudes da sorte (...). Hoje, com um crescente setor da população que provavelmente nunca reingressará na produção e que, portanto, não apresenta interesse presente ou futuro para os que dirigem a economia, a “margem” já não é marginal e o colapso das vantagens do capital ainda o faz parecer menos marginal – maior, mais inconveniente e embaraçoso – do que o é. A nova perspectiva se expressa na frase da moda: “Estado de bem-estar? Já não podemos custear-lo...” (BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 51).

<sup>385</sup> HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985 (3 Volumes); HAYEK, Friedrich A. *O caminho para a servidão*. Trad. Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009.

<sup>386</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984.

<sup>387</sup> MARCELLINO JR, Julio Cesar. *O princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

<sup>388</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena...*, p. 144.

<sup>389</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena...*, p. 144.

Com isso, o neoliberalismo dita o ritmo da globalização econômica<sup>390</sup>, visando criar um *mercado mundial* voltado (somente) para quem possui o poder de consumir (*homo economicus*); o *cidadão* é transfigurado em *consumidor*, o *individualismo* apresentado na forma de *consumismo* e “eficiência, flexibilização, produtividade e competitividade são as características do mercado sem fronteiras, onde os países se dividem em produtores e consumidores”.<sup>391</sup>

Em outros termos: no giro produzido pela doutrina neoliberal, de *produtores* os indivíduos passam a *consumidores*<sup>392</sup>; não obstante, resta alertar: ao contrário do *processo produtivo*, o *processo de consumo* é uma atividade inteiramente individualista, que coloca as pessoas em campos marcadamente distintos e opostos: a exacerbação do conflito é quase inevitável, mormente através da *sedução* do mercado consumidor.<sup>393</sup>

Pregando a austeridade orçamentária e o fortalecimento dos direitos do capital, acompanhado da contenção dos gastos públicos e redução da cobertura social, as diretrizes neoliberais necessitam englobar o tratamento punitivo como forma de conter a *marginalidade*: ao lado da *mão-invisível* do mercado no âmbito

---

<sup>390</sup> Segundo Abili Lázaro Castro de LIMA a globalização pode ser concebida como uma crescente interconexão em diversos níveis da vida cotidiana, em vários lugares longínquos do mundo, possuindo várias dimensões, dentre as quais, a política, a social, a ambiental e a cultural, porém a globalização econômica é aquela que se apresenta como fio condutor da demais dimensões e que permite seja desvendada a crise dos Estados nacionais (LIMA, Abili Lázaro de Castro. *Globalização econômica e a crise dos Estados Nacionais*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 152).

<sup>391</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. Reflexos da pós-modernidade no sistema processual penal brasileiro (algumas considerações básicas). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63.

<sup>392</sup> LIMA, Abili Lázaro de Castro. *Globalização econômica e a crise dos Estados Nacionais...*, p. 158: “No contexto do mundo globalizado, os cidadãos acabariam assumindo a condição de consumidores, ensejando comportamentos egoístas, despertando o individualismo, rompendo os elos de solidariedade social e de compartilhamento de um destino comum da sociedade, peculiaridade que pode resultar no perecimento da política.”

<sup>393</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade...*, p. 54: “Quanto mais elevada a “procura do consumidor” (isto é, mais eficaz a sedução do mercado), mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia, simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos, ou entre os que foram seduzidos e passam a agir de modo como essa condição leva a agir e os que foram seduzidos mas se mostram impossibilitados de agir do modo como se espera agirem os seduzidos. A sedução do mercado é, simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora. Os impulsos sedutores, para serem eficazes, devem ser transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirão. No entanto, existem mais daqueles que podem ouvi-los do que daqueles que podem reagir do modo como a mensagem sedutora tinha em mira fazer aparecer. Os que não podem agir em conformidade com os desejos induzidos dessa forma são diariamente relegados com o deslumbrante espetáculo dos que podem fazê-lo”



econômico, há que se empregar a *mão-de-ferro* do Estado no campo penal, para a contenção dos deserdados, excluídos, indesejados, enfim... *não consumidores*.<sup>394</sup>

Nessa balada, o modelo neoliberal expõe sua faceta numa equação que implica: a) a *supressão do Estado econômico*; b) o *enfraquecimento do Estado social*; e c) o *fortalecimento e glorificação do Estado penal*: “à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal”<sup>395</sup>. Ao *Estado social mínimo* deve haver a correspondência de um *Estado penal máximo*, que dê respostas às desordens provocadas pela desregulamentação econômica, pela pulverização do trabalho assalariado e alarmante aumento da pobreza.

Observa Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que a lógica da ação eficiente, de forma paulatina, toma corpo no cotidiano,

(...) e projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade: afinal, a deificação do mercado, quando vista pelo eficientismo, glorifica o consumidor (*Homo Economicus*, que substitui o *Homo faber*), mas, naturalmente, toma o não-consumidor (excluído, ou *homo famelicus*?) como um empecilho. Ora, para ele resta o desamor de seu semelhante, em um mundo de competição, aéctico em seus postulados e antiético em seus mecanismos e efeitos.<sup>396</sup>

E assim, o *discurso eficientista* toma de assalto o processo penal, que deverá tramitar no menor espaço de tempo<sup>397</sup> e com o menor custo possível (*para*

---

<sup>394</sup> Segundo Eduardo GALEANO “(...) em muitos países do mundo, a justiça social foi reduzida à justiça penal. O Estado vela pela segurança pública: de outros serviços já se encarrega o mercado, e da pobreza, gente pobre, regiões pobres, cuidará Deus, se a polícia não puder”. (GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*. A escola do mundo ao avesso. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 31). Nesse sentido explica BAUMAN que “outrora ansioso em absorver quantidade de trabalho cada vez maiores, o capital hoje reage com nervosismo às notícias de que o desemprego está diminuindo; através dos plenipotenciários do mercado de ações, ele premia as empresas que demitem e reduzem postos de trabalho. Nessas condições, o confinamento não é nem escola para o emprego nem um método alternativo compulsório de aumentar as fileiras de mão-de-obra produtiva quando falham os métodos “voluntários” comuns e preferidos para levar à órbita industrial aquelas categorias particulares de rebeldes e relutantes de “homens livres”. Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho “ao qual se reintegrar.” ”(BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 119-120).

<sup>395</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 18 e 80.

<sup>396</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. *Revista de estudos criminais*, Sapucaia do Sul, n.º 04, 2001, p. 29. O novo modelo do Direito, como explica BERBERI, “caracteriza-se pela falta de preocupação ética (que ética pode existir no deus-mercado?), no qual não há espaço para qualquer preocupação social – ou ela é secundária –, até porque o entendimento das demandas oriundas dos movimentos sociais não decorre de uma postura distributiva, mas apaziguadora” (BERBERI, Marco Antonio Lima. *Reflexos da pós-modernidade no sistema processual penal brasileiro...*, p. 63).

<sup>397</sup> Olvida-se que, por se tratar de atividade recognitiva de um fato pretérito, o processo penal deve possuir um prazo para o acerto do caso, que não aquele da *justiça imediata*: ROSA, Alexandre Moraes da. Crítica ao discurso da *Law and Economics*: a exceção econômica do Direito. In:

quem?), servindo como perfeito *instrumento* de *punição eficiente*: os direitos e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito passam a entraves, verdadeiros “estímulos à impunidade”.

Portanto, a matriz penal(izante) da globalização neoliberal se expressa na cada vez mais acentuada maximização do direito penal e na supressão das garantias processuais, ajustada e fomentada de acordo com a opinião pública(da) e apresenta-se com as seguintes peculiaridades: a) é própria do atual contexto político-econômico b) fomenta a repressão de cunho autoritário; c) estimula a diversificação e a extensão de sanções jurídicas, sejam penais ou extrapenais; d) pretende a mitigação dos direitos e garantias individuais e coletivos.<sup>398</sup> E é exatamente aqui que entra em cena o *Super-Juiz* delineado pela *escola instrumentalista* do processo: na implementação desses (novos) escopos metajurídicos que adquire suma importância aquele tipo de visão da jurisdição (e de seu alegado *instrumento*, o processo).

A inserção da jurisdição e da decisão no quadro da política e do poder, segundo a *concepção publicista* do processo pretendida pela *escola instrumentalista*, não poderia, ainda, desconsiderar o exame da *bondade das soluções*<sup>399</sup>. Porém, é fato que, com o neoliberalismo, constata-se também o esvaziamento do debate político, pois as suas diretrizes acabam por dominar os processos decisórios em vários campos (dentre eles, o do Direito<sup>400</sup>), instaurando

---

ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63: “De alguma forma é preciso perceber as consequências da aceleração dos mercados, da internet, na lógica dos processos judiciais. A “Justiça da Velocidade” não respeita os tempos mortos, as limitações da compreensão exigindo sempre e sempre um resultado mais eficiente, vinculado à lógica dos custos. E isto importa. Daí o perigo de uma decisão sem compreensão, no ritmo da velocidade total, sem contextualização histórica, isto é, sem fracionamento temporal. Esta relação do direito com a velocidade é imposta subrepticamente pelo poder, então Estado, e hoje entregue a uma nova casta mercadológica, a saber, por agentes econômicos que congregam parte do poder de decisão (...)”. Ver ainda: LOPES JR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139-177.

<sup>398</sup> A propósito: TAVAREZ, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n.º 00, 2004, p. 134.

<sup>399</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 97: “Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e a eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade”.

<sup>400</sup> A propósito da estrutura do discurso neoliberal no campo do Direito, conferir ROSA, Alexandre Morais da. *Crítica ao discurso da law and economics...*, p. 48-55. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil...*, p. 23-35.

um *pensamento único*<sup>401</sup>, que se impõe como dogma, partindo daquele princípio prevalência do *econômico* sobre o *político*<sup>402</sup>. O território é despojado de espaço público (basta ver que a “*Ágora*” dos dias atuais são os *shoppings centers*<sup>403</sup>), para não se dar chance que as normas sejam debatidas e que os valores sejam confrontados e discutidos. Nesse passo, BAUMAN toca a ferida aberta na questão da *bondade das soluções*:

Os veredictos de certo e errado, belo e feio, adequado e inadequado, útil e inútil só podem ser decretados de cima, de regiões que jamais deverão ser penetradas senão por um olhar extremamente inquisitivo; os veredictos são inquestionáveis desde que nenhum questionamento significativo possa ser feito aos juízes e desde que os juízes não deixem endereço – sequer um endereço eletrônico, um *e-mail* – e ninguém saiba com certeza onde residem. Não há espaço para os “líderes de opiniões locais”; não há espaço para a “opinião local” enquanto tal.<sup>404</sup>

Além do mais, no processo penal, essa concepção da *bondade das soluções*, partindo *gestão probatória* nas mãos do julgador – ou como preferem, dos *poderes instrutórios do juiz* –, abre enorme espaço ao *Poder Judiciário Policialesco*, aos *juízes justiceiros*,<sup>405</sup> inquisidores e paranóicos<sup>406</sup>, sendo que “o juiz justiceiro supre a figura do advogado e da inércia da parte; procedimento e processo não se distinguem; os prazos são fatais somente para os advogados; Estado e Ministério

---

<sup>401</sup> RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*. 4ª ed. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 74: “O que é o pensamento único? A tradução em termos ideológicos com pretensão universal dos interesses de um conjunto de forças econômicas, em particular, as do capital internacional. Foi formulado e definido, por assim dizer desde 1944, no momento dos Acordos de Bretton Woods. Suas fontes principais são as grandes instituições econômicas e financeiras – Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização Mundial do Comércio, Comissão Européia, Bundesbank, Banque de France, etc. – que por seu financiamento, alistam a serviço de suas idéias, por todo o planeta, numerosos centros de pesquisa, universidades, fundações, os quais, por sua vez, aprimoram e difundem a boa palavra.”

<sup>402</sup> LIMA, Abili Lázaro de Castro. *Globalização econômica e a crise dos Estados Nacionais...*, p. 158.

<sup>403</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...*, p. 33: “(...) os *shoppings* são construídos de forma a manter as pessoas em circulação, olhando ao redor, divertindo-se e entretendo-se sem parar – mas de forma alguma por muito tempo – com inúmeras atrações; não para encorajá-las a parar, a se olhar e conversar, a pensar em analisar e discutir alguma coisa além dos objetos em exposição – não são feitos para passar o tempo de maneira comercialmente desinteressada...”.

<sup>404</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...*, p. 33.

<sup>405</sup> Constata Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que “está enfadando (...) o discurso dos justiceiros, para os quais não existe lei, não existe sistema, não existe estrutura, não existe respeito pelos outros. Em nome de uma verdade toda que eles pensam que têm tratam de distribuir justiça tiranicamente. Não é assim. Isto é golpe imaginário, que se impõe ao país e que se impõe ao povo deste país” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social...*, p. 52-53). Conferir, também: ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 203.

<sup>406</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 313-316.

Público têm tratamento privilegiado; os membros do Ministério Público não sofrem sanções por denúncia caluniosa (...)”<sup>407</sup>. Como consequência:

As regras do jogo são esquecidas por um discurso empolado, bonito, valorativo, emitido pelos imaginariamente ‘bons’, por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade e acusados, afinal, exercem as funções de juízes na sociedade em nome do *Outro*. O princípio da legalidade é desterrado e as concepções *criminológicas* e infracionais arraigadas no *inconsciente* do um-julgador afloram.<sup>408</sup>

Portanto, o modelo teórico proposto pela *escola instrumentalista* conduz, com frequência, ao *decisionismo penal* e ao *subjetivismo inquisitivo*, principalmente na efetivação de diversas medidas de *defesa social*:

(...) todas irrogáveis não como consequência de fatos legalmente indicados e judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumida conforme as condições pessoais ou de *status*, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinquente habitual’ ou ‘profissional’, ‘de tendência delitosa’ ou similares”.<sup>409</sup>

Para ficar em um só exemplo: a simples constatação das incontáveis prisões preventivas decretadas dia-a-dia com fundamento na *garantia da ordem pública*. Neste caso, o *periculum libertatis* aflora como medida de polícia ou segurança pública, sem qualquer fundamento cautelar em relação ao processo penal<sup>410</sup>. Diante da *anemia semântica*<sup>411</sup> da regra, os argumentos são, por vezes, esdrúxulos. O

<sup>407</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo...*, p. 95

<sup>408</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 271-272; ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático...*, p. 88-89.

<sup>409</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 42. [Tradução livre do original: “(...) todas irrogables no ya como consecuencia de hechos legalmente denotados y judicialmente probados como delitos, sino derivados de presupuestos variadamente subjetivos: como la mera sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto legalmente presumida conforme a condiciones personales o de status como los de ‘vago’, ‘vagabundo’, ‘proclive a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delincuente habitual’ o ‘profesional’, ‘de tendencias delictivas’ o, similares”].

<sup>410</sup> Na visão de Piero CALAMANDREI, nas providências cautelares encontra-se uma *instrumentalidade qualificada*, ou seja, uma instrumentalidade elevada ao quadrado, pois constituem-se como um meio predisposto para o melhor exercício da providência definitiva: as providências cautelares são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumento do instrumento* processo (CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores, 2005, p. 45). No caso dos fundamentos *garantia da ordem pública* e *garantia da ordem econômica* não se constata qualquer característica cautelar, pois não estão relacionadas ao normal desenvolvimento do processo ou à eficácia do provimento, mas, sim, à tutelar a *ordem pública* e a *ordem econômica*. Ferem, assim, o princípio da presunção de inocência.

<sup>411</sup> Utilizando-se da expressão de Alexandre Morais da ROSA: “De fato, àquele que conhece um pouquinho da estrutura lingüística pode construir artificialmente tais pseudo requisitos, cuja *falsificação* – pressuposto –, diante da contenção, será inverificável.” (ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 139).

princípio da presunção de inocência<sup>412</sup> cai por terra diante de *giros lingüísticos* a preencher esse vazio da regra<sup>413</sup>. Fundamentos etéreos como *clamor público* – que denotam *escopos sociais manipulados*<sup>414</sup> –, não encontram guarida na Constituição<sup>415</sup>. Tudo em nome do *bem de todos*!

Nesse passo, desenvolvendo suas atividades conforme *critérios de bondade*, o juiz penal descamba, conforme a ocasião, para um verdadeiro *confessor, psicanalista ou terapeuta social*<sup>416</sup>. Conforme Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

O enunciado da ‘bondade da escolha’ provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘bondade’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível

---

<sup>412</sup> a) Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. XI. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa; b) Convenção Americana de Direitos Humanos art. 8º, inc. 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”; c) art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>413</sup> Como exemplo, os argumentos utilizados por Fernando CAPEZ, que desprezando o princípio da presunção de inocência afirma que “os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 265).

<sup>414</sup> Explana Elmir DUCLERC que a ordem pública vinculada ao *clamor público* enseja uma interpretação perigosa e autoritária da prisão preventiva: “Perigosa porque sugere que o Poder Judiciário, mesmo quando agindo rigorosamente conforme os critérios da Lei, estaria exposto a uma censura popular legítima. Ademais os que se apresentam como *portadores* do dito *clamor público* são, quase sempre, órgãos de imprensa pouco escrupulosos, que descobriram o *filão* da notícia sangrenta, interessados apenas em aumentar os pontos de audiência e auferir lucros à custa da desgraça de acusados e vítimas. Por fim, trata-se de uma orientação radicalmente autoritária, eis que, em última análise, bastará que o juiz invoque esse conceito etéreo (*clamor público*) para que a prisão esteja justificada, tornando muito difícil, senão impossível, qualquer contraprova por parte da defesa”. (DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 187). Isso explica o porquê de o Poder Judiciário não se constituir num órgão estatal representativo.

<sup>415</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. Curitiba, 2008. 201f. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná.

<sup>416</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 43: “(...) es decir, una acentuación, hasta los límites de la arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal”.

indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons?’, na feliz conclusão, algures, de AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO.<sup>417</sup>

Em definitivo: as propostas da *escola instrumentalista* e sua visão *publicista* do processo se mostram *neoinquisitoriais*<sup>418</sup> e, conseqüentemente, em desacordo com um processo penal que se pretende democrático, de viés acusatório e que, assim, exige uma *postura passiva* do juiz na *gestão probatória*. Isso nada tem a ver com resquícios privatistas no processo penal, mas com compromisso constitucional do magistrado na sua função de garantidor dos Direitos Fundamentais e das regras do jogo (*fair play*) e é o que se espera como postura democrática *de um juiz atento à sua realidade*.

## **Seção II. Articulando as Propostas de *Resistência*: a Teoria do Garantismo Penal (Ferrajoli) com o Critério Ético Material (Dussel)**

Em contraposição aos aportes prático-teóricos anteriormente apresentados, seus conseqüentes óbices – e até retrocessos – rumo a um processo penal que se pretenda democrático, propõe-se a teoria formulada por Luigi FERRAJOLI: o *garantismo penal*, que propugna pela radicalização democrática de um sistema que garanta os direitos fundamentais dos indivíduos, em contraposição ao poder estatal.

A base do *garantismo* é eminentemente penal, derivando para um matiz geral, com reflexos no modelo de Direito, na teoria jurídica das normas e na filosofia do Direito<sup>419</sup>. Embora marcada pelo ideário iluminista – e assim, pela pretensão universalista típica dos modelos científicos da Modernidade – apresenta um importante mecanismo de estímulo à minimização dos poderes punitivos<sup>420</sup>, pois seu

---

<sup>417</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de estudos criminais*. Sapucaia do Sul, nº 14, 2004, p. 88.

<sup>418</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I..., p. 528: “Classificamos de **neoinquisitorial**, pois é uma inquisição reformada, na medida em que ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de toda verdade”.

<sup>419</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. 5ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006; FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. 2ª ed. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>420</sup> CARVALHO, Salo de. Garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: aportes iniciais. *Revista do Instituto de hermenêutica jurídica*, Belo Horizonte, n. 07, p. 127-148, 2009, p. 140.

fundamento epistemológico está no conceito de centralidade do indivíduo frente ao poder punitivo<sup>421</sup>. Conforme Salo de CARVALHO:

(...) atualmente o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova 'guerra santa' contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. A perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal.

Dessa forma, é como discurso de resistência às novas tendências transnacionais no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica, que exsurge a teoria garantista. Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo.<sup>422</sup>

Explica FERRAJOLI que, embora apresentando diversas proposições lógicas e teóricas que fazem do esquema garantista um modelo ideal – e, em grande parte, ideológico – que, em diversas ocasiões, tem provocado sua desqualificação científica e política pela cultura jurídica, com resultados invariavelmente antigarantistas, são dois os seus elementos constitutivos: um relativo à *definição legislativa*, outro à *comprovação jurisdicional* do desvio punível. Os referidos elementos correspondem a conjuntos de garantias específicos – *penas* e *processuais* – do sistema punitivo que fundamentam.<sup>423</sup>

De acordo com FERRAJOLI os sistemas de direito e de responsabilidade penal podem ser distinguidos em dois paradigmas contrapostos: o *modelo garantista* e o *modelo autoritário*, sendo a oscilação entre os dois opostos “identificáveis não somente pela dicotomia saber/poder, fato/valor ou cognição/decisão, mas também pelo caráter condicionado ou incondicionado, ou seja, limitado ou ilimitado do poder punitivo”.<sup>424</sup>

---

<sup>421</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 34: “(...) os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e da tutela da pessoa contra a arbitrariedade”. [Tradução livre do original: “(...) los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”.]

<sup>422</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 83.

<sup>423</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 34

<sup>424</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 103. [Tradução livre do original: “no sólo con las dicotomías saber/poder, hecho/valor, o cognición/decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado, del poder punitivo”.]

Enquanto o paradigma autoritário é evidenciado pelo exercício de poder vertical e arbitrário, bem como pela adoção de medidas *substancialistas* (no âmbito do direito penal) e *decisionistas-inquisitivas* (no âmbito do direito processual penal), o paradigma ideal do Estado de Direito se caracteriza pelo exercício de poder horizontal e democrático e pela concretização de medidas *convencionalistas* (no plano do direito penal) e *cognitivistas-acusatórias* (no plano do direito processual penal).<sup>425</sup>

O *paradigma garantista* é, portanto, afeto ao modelo do Estado Democrático de Direito, “entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o poder público, e especificamente o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penais relevantes) e submetidos a um plano processual (ou de formas processualmente vinculantes)”<sup>426</sup>. Já o paradigma autoritário configura sistemas de controle penal típicos do Estado de Polícia, entendendo-se por esta enunciação “qualquer ordenamento onde os poderes públicos são *legibus soluti* ou ‘totais’, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições”<sup>427</sup>. Estes dois extremos são denominados *direito penal mínimo* e *direito penal máximo*, sendo referido “com isso tanto os maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema e à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas”.<sup>428</sup>

Leciona FERRAJOLI que, entre os dois modelos extremos, configuram-se sistemas variáveis, “até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e ordenamentos concretos, de uma *tendência* ao direito penal mínimo ou de uma *tendência* ao direito penal máximo”<sup>429</sup>. O modelo teórico

---

<sup>425</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 33-45.

<sup>426</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 104. [Tradução livre do original: “(...) entendiendo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)”].

<sup>427</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 104. [Tradução livre do original: “(...) cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o ‘totales’, es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones”].

<sup>428</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 104. [Tradução livre do original: “(...) con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos a al sistema y a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas”].

<sup>429</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 104. [Tradução livre do original: “(...) hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de *tendencia* al derecho penal mínimo o de *tendencia* al derecho penal máximo”].



minimalista caracterizar-se-ia pelas seguintes restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial:

(...) não se admite nenhuma imposição de pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição e punição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor e, além disso, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei.<sup>430</sup>

As expressões que FERRAJOLI utiliza para estruturação das condições de possibilidade do modelo são as seguintes: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. Estas categorias constituem pré-requisitos, *implicações deônticas* ou *princípios* que possibilitam a determinação da responsabilidade penal e a aplicação da pena, originando um *rol axiomático* que permite a constatação e punição do fato-crime<sup>431</sup>. Seguido a tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas, FERRAJOLI enumera os dez axiomas ou princípios axiomáticos que fundam o *Sistema Garantista* (SG):

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine actione.*
- A6 *Nulla actio sine culpa.*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio.*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla probatio sine defensione.*<sup>432</sup>

A referida proposta procura responder às questões de legitimação política consubstanciadas pelas perguntas “quando?” e “como?” da intervenção penal: os princípios A1, A2 e A3, que respondem as perguntas “quando e como punir?” e manifestam as garantias relativas à *pena*; já os princípios A4, A5 y A6 respondem as perguntas “quando e como proibir?” e exprimem as garantias relativas ao *delito*; por fim, os princípios A7, A8, A9 e A10 respondem as perguntas “quando e como julgar?” e expressam as garantias relativas ao *processo*.

<sup>430</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 103-104 [Tradução livre do original: “no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”].

<sup>431</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 92.

<sup>432</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 93.

Percebe-se que esta cadeia principiológica propugnada por FERRAJOLI servirá como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, desde a elaboração das leis até a apuração da responsabilidade penal e execução da pena eventualmente imposta. A partir daí o intérprete possui uma principiologia adequada para (des)legitimação de toda atuação penal: teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade); teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade); teoria da pena (princípio da prevenção dos delitos e castigos); e teoria processual penal (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa)<sup>433</sup>. Tais princípios determinam as 'regras do jogo' na apuração da responsabilidade penal nos Estados Democráticos de Direito e, em decorrência de sua gradual incorporação nos textos constitucionais, conformariam vínculos de validade das leis e das decisões.

Apesar de o *garantismo jurídico* possuir a sua gênese em torno da reflexão do *Direito Penal* e *Processual Penal*, a sua consistência ocorre na estruturação de uma sólida Teoria do Direito: o caminho proposto por FERRAJOLI possui fundamento em *quatro frentes*, conforme explica Alexandre Morais da ROSA:

A *primeira* está vinculada à revisão da *teoria da validade*, a qual busca estabelecer uma diferenciação entre *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. A *segunda* pretende o reconhecimento da *dimensão substancial da democracia*, superando a visão meramente formal. Na *terceira*, partindo do ponto de vista do Juiz, aponta uma nova maneira de ver a *sujeição à lei*, não mais exclusivamente por seu aspecto formal do emissor, senão por seu conteúdo normativo, o qual também deverá estar de acordo com o Texto Maior, tanto no que se refere aos *princípios* (explícitos ou implícitos) quanto em relação a *regras*, agregando, ademais, os *Direitos Humanos* aderidos pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988. Na última, a *ciência jurídica* é revisitada, não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro.<sup>434</sup>

Com efeito, sob o prisma de uma *teoria geral do direito*, o *garantismo* está baseado no incondicional respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus correlatos *Direitos Fundamentais*<sup>435</sup>, havendo a sujeição formal e material das práticas jurídicas

<sup>433</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, p. 88.

<sup>434</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

<sup>435</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias...*, p. 37: "são 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por

aos conteúdos constitucionais – sem escorregar, contudo, para uma noção essencialista. A complexidade contemporânea determina que a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve ultrapassar a mera *democracia formal* para chegar à *democracia material*, “na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais”<sup>436</sup>; assim sendo, explica FERRAJOLI que:

(...) a democracia consiste não só na dimensão política que lhe confere a forma representativa e majoritária da produção legislativa, que, por sua vez, condiciona a vigência das leis, mas também na dimensão substancial que lhe impõem os princípios constitucionais, mesmos que vinculam o conteúdo das leis, condicionando sua validade substancial à garantia dos direitos fundamentais de todos.<sup>437</sup>

Em outros termos, tendo em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados, seja no corpo de Constituições rígidas ou mesmo nelas referidos, como no caso da Constituição brasileira de 1988, além do *princípio da legalidade*, que vincula todos os poderes, emerge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, notadamente aqueles submetidos à persecução penal, diante da peculiar situação que ocupam<sup>438</sup>.

O *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos *direitos individuais* – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante *neoliberal*.<sup>439</sup>

---

‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por ‘*status*’ a condição de um sujeito, prevista, do mesmo modo, por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que delas resultam” [Tradução livre do original: “son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derechos subjetivos’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a um sujeto por uma norma jurídica positiva; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como pressupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”].

<sup>436</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 86

<sup>437</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México: UNAM, 2005, p. 92 [Tradução livre do original: (...) la democracia no consiste ya sólo en la dimensión política que le confiere la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la dimensión sustancial que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos”].

<sup>438</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 86.

<sup>439</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material...*, p. 04.

No Estado Democrático de Direito, partindo da concepção *garantista*, os vínculos se estabelecem de forma tal que obstam a preponderância da visão de democracia sob a ótica da *vontade da maioria*, que sequer a unanimidade pode contrariar<sup>440</sup>: deve ser acentuado que, diferentemente de qualquer outro poder público, ao Poder Judiciário não pode ser atribuída qualquer legitimação de tipo *representativo*, pois,

Não se pode punir um cidadão somente porque isso satisfaz ao interesse ou à vontade da maioria. Nenhuma maioria, por mais esmagadora que seja, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar a um erro cometido em prejuízo de um só cidadão. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a falta de prova de uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista, o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco qualquer outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa.<sup>441</sup>

Portanto, o *garantismo*, aqui descrito em linhas bastante gerais, é *um* caminho possível de resistência à barbárie, na medida “que no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantias dos direitos do cidadão”<sup>442</sup>. Segundo Alexandre Morais da ROSA:

---

<sup>440</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, p. 23-24: “Assim, os direitos fundamentais se configuram como outros tantos vínculos impostos à democracia política: vínculos negativos, originados pelos *derechos de libertad* que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, originados pelos *derechos sociales*, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. E a democracia política, como por outros o mercado, identifica-se com a *esfera de lo indecible*, delimitada e vinculada por aqueles direitos. Nenhuma maioria, sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social” [Tradução livre do original: “Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por los demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por la unanimidad, puede legitimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social”].

<sup>441</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 544 [Tradução livre do original: “No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político - del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública - puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa].

<sup>442</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 851-852. [Tradução livre do original: (...) “que en plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en plano

(...) o modelo *garantista* encontra-se, em tese, *recepção* pela ordem constitucional brasileira (...), podendo, de qualquer sorte, ser utilizado como critério de verificação do grau de legitimidade da *epistemologia* brasileira, ou seja, da maneira pela qual são construídas as '*verdades processuais*' penais, restringindo o *grau de discricionariedade*, *poder de disposição*, do *um-julgador* diante dos 'casos penais' concretos.

Assim é que cabe a construção de uma '*dogmática processual penal garantista*' (...), ou seja, de um 'garantismo processual penal *tupiniquim*' (...). Não sendo suficiente, contudo, restringir a proposta ao simples cotejo do modelo ideal com o brasileiro concreto.<sup>443</sup>

É visível que a Constituição brasileira de 1988 consagra rigorosamente a tutela dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, conforme o *modelo garantista* do Estado de Direito. Contudo, há que se adequar esse discurso à nossa realidade, encarando seus problemas e suas limitações.<sup>444</sup>

Não obstante se reconheça o *garantismo* como um instrumental teórico de enorme valor, deve ser destacado que, enquanto enunciado propositivo formal, não está imune, conforme adverte Julio Cesar MARCELLINO JR, aos "joguetes linguísticos, necessitando, pois, de um referencial ético de *conteúdo material* que sirva de balizador ao sentido que se pretenderá construir a partir de sua proposta teórica".<sup>445</sup>

Coube a Enrique DUSSEL a formulação da arquitetura da *ética da libertação*<sup>446</sup>, baseada no que considera ser tanto *critério* como *princípio material universal*, fundamento de toda eticidade, no sentido de não existir norma, ação, instituição ou eticidade cultural que não tenha como conteúdo último algum momento do princípio material universal *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*<sup>447</sup>. Explica Celso LUDWIG que:

Nesse paradigma, o ponto de partida, o *antes* de tudo, é a vida concreta de cada sujeito como modo de realidade. A vida é o critério-fonte, condição de possibilidade de todo o mais. Esse critério é referência de todos os campos:

---

político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en plano jurídico como un sistema vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos del ciudadano"].

<sup>443</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal...*, p. 293-294.

<sup>444</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 18: "um processo penal humanizado é um processo preocupado com o SER e não com o TER. Daí, nada mais obscuro que pensá-lo por um padrão europeu, no nosso caso. O SER, assim, é o nosso SER, necessariamente".

<sup>445</sup> MARCELLINO JR, Julio Cesar. *O princípio constitucional da eficiência administrativa...*, p. 54.

<sup>446</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 3ª. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 131-146.

<sup>447</sup> RUBIO, David Sánchez. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999, p. 208.

do ético, do político, do econômico, do social, do jurídico e outros. É referência, também, de todo ato, norma, estrutura, sistema, subsistema, instituição, etc. Assim, a premissa é que a vida humana em comunidade é o *modo de realidade* do sujeito. O *modo de realidade* consiste em considerar a vida humana como ela se apresenta a nós, nas situações concretas do mundo, na idade da globalização e da exclusão.<sup>448</sup>

Conforme DUSSEL, o “critério ético material sobre o qual se funda a ética, a reprodução e o desenvolvimento da vida humana, é universal, e além disso não é solipsista. Trata-se de uma ‘comunidade de vida (*Labensgemeinschaft*)’”<sup>449</sup>. E, nessa *comunidade de vida*, ensina David Sánches RUBIO, os *direitos fundamentais* devem ser articulados e ordenados em torno do *princípio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*, objetivando reforçar a contraposição a qualquer outro parâmetro de hierarquia que não atenda às questões de factibilidade da vida concreta e imediata das pessoas.<sup>450</sup>

O critério ou princípio ético material de DUSSEL ganha ainda mais importância no contexto brasileiro, devendo ser destacado que, concomitantemente à fixação dos limites ao poder repressivo do Estado, a Constituição brasileira de 1988 projetou uma ingerência penal em várias esferas do direito, a partir da compreensão da capacidade da tutela penal na resolução de conflitos (por exemplo, art. 5º, XLIII, da CR<sup>451</sup>).

Nesta perspectiva, explica Salo de CARVALHO, o texto constitucional (também) fundou um sistema criminalizador, alicerçando um modelo penal programático que o autor denominou *Constituição Penal dirigente*, cujo efeito é combinar os mais diversos projetos políticos que, sob a retórica da implementação do Estado Democrático de Direito, na verdade, opta pela edificação de um Estado Penal como alternativa ao inexistente Estado Social, projetando retrocessos ao próprio Estado de Direito, diante da *crença* quase que irremediável na solução penal (e conseqüentemente, na produção de mais exclusão).<sup>452</sup>

<sup>448</sup> LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 183.

<sup>449</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...*, p. 133.

<sup>450</sup> RUBIO, David Sánches. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina...*, p. 158.

<sup>451</sup> Art. 5º, XLIII, CR: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

<sup>452</sup> CARVALHO, Salo de. As feridas narcísicas do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo*: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 194-195.

De acordo com FERRAJOLI, no ordenamento dos modernos Estados de Direito, caracterizados pela distinção de vários níveis normativos, é constatada a coexistência dos modelos *garantista* e *autoritário*. O primeiro paradigma seria verificado nos níveis normativos superiores, enquanto o segundo poderia ser observado nos níveis normativos inferiores, gerando uma ineficiência *tendencial* dos primeiros e uma ilegitimidade *tendencial* dos segundos.<sup>453</sup>

Percebe-se, na realidade brasileira, que a própria Constituição, ao mesmo tempo em que instituiu os necessários limites ao arbítrio punitivo, exigiu “da estrutura liberal (genealógica) do direito penal algo que dificilmente terá capacidade resolutiva, projetando severos índices de ineficácia. Desde esta perspectiva, pode-se afirmar a existência de uma ‘Constituição Penal’, idealizadora/instrumentalizadora de um Estado Penal, plenamente realizada”<sup>454</sup>. Sendo assim, “com a proliferação dos discursos maximizadores e a ‘natural’ invasão desta retórica nas esferas jurídica e política, tem-se, tragicamente, a ineficácia da Constituição garantista em detrimento da plena efetividade da Constituição penal(izadora)”<sup>455</sup>. Aqui é importante destacar as lições de FERRAJOLI, segundo o qual:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a história da humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido aquelas produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida com a pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.<sup>456</sup>

---

<sup>453</sup> Afirma FERRAJOLI que “la tendencia hacia el derecho penal máximo en los planos más bajos de nuestros ordenamientos ha crecido recientemente, además de por el desarrollo de un derecho penal de excepción, también por un masivo incremento cuantitativo de la intervención penal, llamada demasiado a menudo a suplir la carencia de instrumentos de tutela y de control político y administrativo más apropiados” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 104 e 115).

<sup>454</sup> CARVALHO, Salo de. *As feridas narcísicas do Direito Penal...*, p. 196.

<sup>455</sup> CARVALHO, Salo de. *As feridas narcísicas do Direito Penal...*, p. 197.

<sup>456</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 385-386 [Tradução livre do original: “La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos”]. Ver, ainda: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 25ª. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

Com isso, mesmo propugnando pelo estabelecimento de um núcleo irreduzível e inviolável dos direitos fundamentais, o contexto de exclusão da sociedade brasileira e a peculiaridade da ordem constitucional, corroboram a necessidade de articulação da *teoria do garantismo* com o *critério e princípio ético* que se preocupa com as *condições de vida imediata de todo e qualquer ser humano*, devendo ser questionada a legitimidade de qualquer sistema que se oponha ou não garanta de forma efetiva o *critério ou princípio ético material: produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*. Com essa amarração, a adoção do *garantismo* - como instrumento eficaz de tutela dos cidadãos contra o arbítrio punitivo - mostra-se deveras segura e viável.

Enfim, na esteira daquilo que certa feita escreveu Bianca Georgia Cruz ARENHART, essa práxis libertadora deve alcançar o processo penal e, para o seu êxito:

(...) deve-se: em primeiro lugar, conceber o processo como um atuar, um movimento a ser continuamente realizado (a partir de um agir ético), por todos os seus partícipes, e não como um dado estático, imóvel, findo, ou o que é pior, como um conjunto de papéis que o formalizam; em segundo ponto, conceder eficácia à concepção de FAZZALARI, inclusive para dar a tão pleiteada efetivação constitucional (art. 5º, LV), tornando elemento essencial para a existência de “processo” a efetivação do contraditório.<sup>457</sup>

### **Seção III. Os Sujeitos (Processuais) Situados desde a Filosofia: O Paradigma do Ser e da Consciência, o *Linguist Turn*, a Ética da Libertação e a Psicanálise. A Co-Construção da Decisão Penal: a *Bricolage* de Significantes e a Importância das Partes na Efetivação do Sistema Processual Penal Acusatório.**

Diante dos aspectos anteriormente apresentados, há que se inserir a discussão, mesmo que em linhas gerais, na necessária desmitificação da posição que gira em torno da possibilidade de um sentido totalitário, que ainda rege a postura dos juristas, com especial ênfase no modo como os sujeitos processuais ainda são tratados pela doutrina tradicional: a partir *posição de fundo metafísico*.<sup>458</sup>

<sup>457</sup> ARENHART, Bianca Georgia da Cruz. O processo penal à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 227. Ver ainda: CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 157-176.

<sup>458</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.



A referida posição encontra-se presente na concepção da *verdade como correspondência (paradigma filosófico do ser)* e também no entendimento da *verdade como elucidação da consciência (paradigma filosófico da consciência)*.

Na versão clássica, identificada como um traço do pensamento grego, ela é fundada na pressuposição de que a descoberta do ente revela seus caracteres primordiais a partir do ente em si mesmo, confinando a relação do homem com o *ser* aos limites dessa descoberta e da sua experiência com o mundo. Cuida-se, portanto, do *paradigma filosófico do ser*, justificado por uma opção metódica que segue uma lógica geral, indo dos entes ao fundamento. A identificação se dá com: a) a idéia do *ser* imune à provisoriedade, multiplicidade e contingência; b) a causa última do conhecimento; ou ainda c) o lugar de garantia da validade, sentido e legitimidade do conhecimento que se pretende verdadeiro. O resultado origina a ideia de *verdade como correspondência (veritas est adaequatio intellectus ad rem*<sup>459</sup>), proveniente da noção clássica de *logos* e fundamento da crença filosófica de que a verdade está no enunciado e seu juízo, capaz de exprimir as coisas como elas realmente são.<sup>460</sup>

A segunda concepção não se revela independente da concepção clássica, porém lhe é essencialmente distante. Está baseada na noção de sujeito (*subiectum*) estabelecido como fundamento para a verdade, que passa a se encontrar condicionada pelo primado da evidência, atrelada à ideia de certeza obtida pelo *percepire* e *cogitare* metodologicamente regulados, conforme proposto por DESCARTES<sup>461</sup>. O sujeito torna-se o senhor do “ser”, pois a direção ou o caminho metódico trilhado segue em direção à consciência, de acordo com a consagrada afirmação *Cogito, ergo sum*<sup>462</sup>, fórmula sintética e referencial da *subjetividade moderna* – e do *paradigma filosófico da consciência*.

---

<sup>459</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade: na filosofia antiga e na psicanálise*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 12: “*Veritas est adequatio rei et intellectus* (Verdade é a adequação do intelecto à coisa). Trata-se de definir a verdade em termos de *concordância*: concordância entre uma coisa e o que dela previamente se presume, e concordância entre enunciado e coisa”.

<sup>460</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional...*, p. 8.

<sup>461</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional...*, p. 8.

<sup>462</sup> DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Col. Os Pensadores), p. 61-62: “E, enfim, considerando que quaisquer pensamentos que nos ocorrem quando estamos acordados nos podem também ocorrer enquanto dormimos, sem que exista nenhum, nesse caso, que seja correto, decidi fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais corretas que a ilusão dos meus sonhos. Porém,

Com o *cogito*, DESCARTES funda o pensamento moderno, buscando a revelação do *pensamento puro*, possibilitado pela evidência do próprio ato de pensar. Considera que sempre que existisse a pretensão de ir além desse pensamento puro que, no máximo, poderia pensar a si mesmo, o resultado seria a dúvida. Qualquer que fosse o conteúdo do referido pensamento, este ainda pode ser colocado em dúvida. É aqui que se encontra “o sentido do **solipsismo** cartesiano no isolamento do **eu** em relação a tudo o mais: ao mundo exterior e ao próprio corpo, que também é um elemento externo. O solipsismo é resultado da evidência do cogito, uma certeza tão forte que exige critérios tais que não aplicáveis a nada mais”.<sup>463</sup>

Desse modo, quando trata do *ego*, DESCARTES não alude a um sujeito, porém a uma *substância pensante* que compartilha com outras duas – a *res extensa* e a *res infinita* – o domínio do real. A subjetividade, na iminência de um solipsismo irremediável, é dotada de ideias e princípios inatos, propiciando-lhe a garantia divina contra o isolamento absoluto<sup>464</sup>. Para GARCIA-ROZA:

Pode soar como paradoxal a afirmação de que o “Penso, logo sou” assinala a emergência da subjetividade mas não a do sujeito, pois estamos acostumados a referir a subjetividade a um sujeito. Mas o fato é que, se a história da filosofia vê no *cogito* o fundamento reflexivo do pensamento sobre o homem, esse homem só está presente nesse momento como gênero ou como espécie. Em seguida à afirmação do *Eu penso*, Descartes se apressa em elidir esse *eu* e retirar da subjetividade, do *penso*, toda concretude individual.<sup>465</sup>

A referência de DESCARTES, portanto, não é a de um *indivíduo concreto*, mas de uma *natureza humana*, de uma *essência universal*, supondo uma

---

logo em seguida, percebi que, ao mesmo tempo que eu queria pensar que tudo era falso, fazia-se necessário que eu, que pensava fosse alguma coisa. E, ao notar que esta verdade: *eu penso, logo existo*, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que eu procurava”.

<sup>463</sup> MARCONDES, Danilo. *Introdução à história da filosofia...*, p. 174. Observa Karl-Otto APEL que DESCARTES “interpreta ou avalia o resultado de sua sem dedicar a devida consideração a implicações de sentido linguisticamente condicionadas. E ele não se limita apenas a não notar a *antecipação onto-semântica* na pergunta ‘o que é o *cogito*?’”, que o induz erroneamente à abordagem de uma ‘res’ ou ‘*substantia cogitans*’: além disso ele tampouco reflete aí sobre o fato do *pensar sensato*, de acordo com suas próprias possibilidades, está mediatizado desde o início por uma *comunidade real de comunicação*, com uma referência real ao mundo, e cuja própria existência teria de ser pressuposta de maneira lógica, mesmo que o pensador fosse seu último representante ainda vivo.” (APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia: o a priori da comunidade de comunicação*. Vol. II. Trad. Paulo Astor Soete. São Paulo: Loyola, 2000, p. 386).

<sup>464</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 14.

<sup>465</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente...*, p. 14.

*universalidade do espírito* como alicerce do *cogito*; em outras palavras, o *cogito* é tomado como fundamento para sustentar a *universalidade da consciência*, não para assegurar a *singularidade do sujeito*. Desse modo, “do *cogito* como fundante deve-se compreender, num processo de dedução, todo o resto. O mundo, as coisas são compreendidas como ideias; o pensamento (fundante) pensa ideias e não coisas. O *cogito* é tudo, ponto de partida e ponto de chegada”.<sup>466</sup>

Também em DESCARTES o lugar de morada da verdade é a *representação*, porém o *fundamento* é deslocado da *certeza do objeto* (*paradigma filosófico do ser*) para o *sujeito*, das *coisas* para a *consciência*<sup>467</sup>; todavia, mantém-se a característica da concepção tradicional da verdade: a *objetividade*. Leciona Celso LUDWIG que “essa concepção epistêmica da verdade conferiu a crença na certeza do conhecimento, e, em consonância com seu dualismo (*res cogitans* e *res extensa*), operou desdobramentos definitivos em todo pensar humano em geral, particularmente nas Ciências Modernas”.<sup>468</sup>

Nas palavras de Agostinho Ramalho MARQUES NETO, “a noção de sujeito enquanto *sujeito cognoscente*, agente do processo do conhecimento e como tal referido a um *objeto* suposto *cognoscível*, ou seja, apreensível pelo conhecimento racional e pela atividade de *investigação* científica, é um produto da Modernidade. Seu protótipo pode ser representado pelo *Ego* cartesiano”.<sup>469</sup>

A partir daí funda-se, de um lado, uma *subjetividade universal*, que dota os indivíduos da capacidade de obtenção da mesma resposta (*totalidade*), via método adequado, e, de outro, um *objeto* provido de *essência*: nesta relação *sujeito-objeto*, “o observador, poderia, assim, pelo método reconforta-se com a verdade”.<sup>470</sup>

<sup>466</sup> LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação...*, p. 55.

<sup>467</sup> Com efeito, a primeira *certeza* de DESCARTES é a existência da *dúvida* ou a de um *sujeito pensante*: “E, ao perceber que nada há no *eu penso, logo existo*, que me dê a certeza de que digo a verdade, salvo que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, concluí que poderia tomar por regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras, havendo somente alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente” (DESCARTES, René. *Discurso do método...*, p. 63).

<sup>468</sup> LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação...*, p. 56. Observa LEBRUN que “o desenvolvimento da ciência moderna abala o lugar da autoridade religiosa e produz um novo laço social, cujo motor, doravante, o que comanda, não é mais a enunciação do mestre, seu dizer, mas um saber de enunciados, um conjunto acéfalo de ditos”. (LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite...*, p. 53).

<sup>469</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sujeitos coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise? *Revista de direito alternativo*, São Paulo, n.º 03, 1994, p. 80.

<sup>470</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. Prefácio do sentido. In: MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 16.

Nota-se que o imaginário jurídico prevalecente no Brasil é (ainda) ancorado no paradigma da *filosofia da consciência*, de acordo com essa lógica do *sujeito cognoscente*, onde as formas de vida e relacionamentos são *coisificadas* (reificadas); o que importa, destarte, é a relação *sujeito-objeto*: a linguagem possui um caráter secundário, estruturada como coisa interposta entre o sujeito e objeto, meramente instrumental, na medida em que serve de veículo condutor na busca de *essências* das coisas e corretas exegeses de textos legais.<sup>471</sup>

Basta verificar o conceito de *interpretação* de grande parte da doutrina processual penal brasileira: conforme CAPEZ interpretação “é a atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado. Deve buscar a vontade da lei, não importando a vontade de quem a fez”<sup>472</sup>. No mesmo sentido, MIRABETE: “a interpretação é o processo lógico que procura estabelecer a vontade da lei, que não é necessariamente a vontade do legislador. A lei deve ser considerada como entidade objetiva e independente e a intenção do legislador só deve ser aproveitada como auxílio ao intérprete para desvendar o verdadeiro sentido da norma jurídica”<sup>473</sup>. Ainda, TOURINHO FILHO: “interpretar a lei é descobrir ou revelar a vontade contida na norma jurídica”<sup>474</sup>. E, por fim, BONFIM: “a interpretação consiste em extrair o conteúdo e o sentido de uma norma, de modo que possa ser aplicada ao caso concreto”.<sup>475</sup>

Fica evidente “nessa ‘busca do verdadeiro sentido da norma’ e na ‘revelação’ que deve ser feita pelo intérprete, a (forte) presença da dicotomia *sujeito-objeto*, própria da *filosofia da consciência*, onde a linguagem é um *tertius* a buscar ‘verdades silentes’”<sup>476</sup>. Procura-se, assim, o correto sentido da norma (*essência*), um sentido dado, um *sentido-em-si*, enfim, um *sentido-primevo-fundante*<sup>477</sup>. É partir desta concepção que se sustenta a ideia em torno de *verdade real*.

Isso demonstra que o campo jurídico ainda permanece refratário ao câmbio do *paradigma filosófico da consciência* para o *paradigma filosófico da linguagem*

<sup>471</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

<sup>472</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal...*, p. 66.

<sup>473</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas 2007, p. 52-53.

<sup>474</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 1. 33ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203.

<sup>475</sup> BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73-74.

<sup>476</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (e)m crise...*, p. 92.

<sup>477</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (e)m crise...*, p. 90.

(*linguistic turn*), que representa a passagem da linguagem como condição de simples objeto da reflexão para *fundamento de todo pensar*<sup>478</sup>. Nesse viés, destaca Celso Luiz LUDWIG ser:

(...) importante frisar que esse *giro* não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um *giro* da própria filosofia, uma *virada* no modo de entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa de condição de objeto de reflexão para *condição de fundamento* de todo pensar. Filosofar significa filosofar a partir da linguagem.<sup>479</sup>

Em linhas gerais, esse grande *giro* ocorre no momento em que a teoria do conhecimento busca superar a noção de *consciência de si* deixando de perguntar pelo *objeto* em prol da questão sobre *como ter acesso a ele*, ou seja, *como se chega* ao conhecimento de algo. Nas palavras de Marco Aurélio MARRAFON, “esse ‘como’ remete à questão do método, que se torna o enfoque principal do pensar filosófico. Menos fundamento, mais método. Ou o método como fundamento. Pelo menos essa é a lógica inerente às formas de racionalidade que se inscrevem nos primórdios da chamada *guinada linguística* na filosofia”.<sup>480</sup>

As elaborações teóricas próprias da filosofia da linguagem marcam a inacessibilidade ao real, pois o caminho para o conhecimento se dá mediante a fórmula *algo como algo*<sup>481</sup>, cuja implicância é a de impossibilidade do acesso direto ao objeto, à coisa, mas antes ao seu sentido/significado, possível apenas através da linguagem. Ainda que possuindo “*comos*” distintos, as tendências compartilham a compreensão universalista do fenômeno lingüístico.<sup>482</sup>

Assim, na esteira de Lenio STRECK, a linguagem está bem além da mera condição de possibilidade, na medida em que “é constituinte e constituidora do

---

<sup>478</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas*. 4ª ed. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 3ª ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol. I. 9ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Complementos e índices. 3ª ed. Vol. II. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2007; APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. Filosofia analítica, semiótica e hermenêutica. Vol. I. 2ª ed. Trad. Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2005; APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. O a priori da comunidade de comunicação. Vol. II. Trad. Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000.

<sup>479</sup> LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da liberdade...*, p. 93.

<sup>480</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional...*, p. 13.

<sup>481</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 209-230

<sup>482</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional...*, p. 13.

saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica condições de possibilidades que temos para compreender e agir”.<sup>483</sup>

Por isso não mais é possível embasar a metodologia de tomada da decisão judicial através da teoria hermenêutica tradicional, do positivismo moderno e de suas subdivisões em interpretação, aplicação e integração do direito. É necessário, pois, que se considere a tomada de decisão como um *actus* de realização do direito, no qual deve ser apreciada a variedade dos fatores que nele incidem<sup>484</sup>. É imperioso se promova, portanto, uma (re)leitura do Direito – e, por óbvio, do Direito Processual Penal – a partir do *linguist turn*, ou seja, da superação do paradigma da *filosofia da consciência* pelo paradigma da *filosofia da linguagem*, que reconhece a singularidade do ser humano na linguagem: a relação aí não é mais *sujeito-objeto*, porém *sujeito-sujeito*.

Isso não significa que o Direito se serve da linguagem, mas que *o Direito é linguagem*<sup>485</sup>. Nessa balada, aduz J.J. CALMON DE PASSOS que “dissociar o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque ontologicamente ele é linguagem e somente linguagem. Sendo assim, separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável”.<sup>486</sup>

Veja-se o processo penal, que pressupõe – como garantia – um juiz que *desconhece* os fatos, objetos, pessoas, coisas atinentes ao caso penal; não obstante, para *decidir* (*sentenciar*) é necessário se dê ao juiz o necessário *conhecimento*, o que se faz através das *provas* (daí se falar em *instrução* processual). O processo penal, portanto, possibilita a *reconstituição histórica de um fato pretérito*<sup>487</sup>, que é o *crime*. Por óbvio, aí já não mais se trata do *fato delituoso* (crime), mas da sua *reconstituição*, algo que se faz pela *linguagem*:

Eis, então, a razão pela qual a linguagem é tão importante para o Direito Processual Penal. Afinal, consumado o crime (teoricamente falando, obviamente), daí por diante tudo é matéria processual e, assim, caminha-se

<sup>483</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, p. 192-193.

<sup>484</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional...*, p. 4.

<sup>485</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2ª ed. Trad. Antônio Ulisse Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 165: “Que o direito se serve da linguagem é uma afirmação banal. Mas já não o é a afirmação de que *o direito é produzido pela linguagem*”.

<sup>486</sup> CALMON DE PASSOS, JJ. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal...*, p. 64.

<sup>487</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal...*, p. 03-06.

nos labirintos da linguagem. Salvo as raríssimas exceções dadas pelos chamados *atos reais* (embora até eles sejam discutíveis enquanto tal), vistos na visão de Goldschmidt, tudo o mais é pura linguagem. Não é de estranhar, não obstante: a investigação preliminar é sempre linguagem; a denúncia o é, no que mais interessa (a imputação), linguagem; a prova, mormente aquela quantitativamente mais significativa, a testemunhal, é pura linguagem; as razões e as alegações das partes são pura linguagem; as decisões, máxime as sentenças, da mesma forma, são linguagem; e assim por diante. Está-se, portanto, no reino da linguagem.<sup>488</sup>

Portanto, é preciso reconhecer que do *sujeito* (processual) *cartesiano* deve ceder o lugar ao *sujeito* (processual) *da linguagem*. Por isso, não se pode fugir da *postura hermenêutica*, pois como ensina Marco Aurélio MARRAFON, a expressão do provimento final é fruto de uma experiência fenomenológica e argumentativa que se perfaz num dado contexto e enquanto interpretação,

(...) não se restringe à formação de juízos verdadeiros sobre os fatos porque, ao depender de raciocínios artificialmente construídos a partir da normatividade convencionalmente prescrita, dela (normatividade) não se desvincula.

(...) esta constatação faz com que seja admissível a idéia de que a verdade processual possui também um caráter estipulativo e convencional, próprio da autonomia conferida ao direito e sua linguagem.<sup>489</sup>

A questão aqui colocada implica, ademais, combater a *crença da neutralidade interpretativa* presente no imaginário jurídico, que pretende, através da lei, dar conta da totalidade (postura típica do paradigma *cartesiano*) e debelar a *manipulação interpretativa*. É preciso se dar conta que o Direito, que busca ser de leis, necessita conviver com uma *construção normativa que é dos homens*, que darão *sentido* (dentre os diversos) às regras contidas no *fato gráfico* que é a lei<sup>490</sup>. Daí não se lograr unanimidade, chegando-se a resultados interpretativos opostos e até contraditórios. Nesta toada, as lições de CORDERO:

Os instrumentos do trabalho jurídico são as normas. Em outros tempos não era pouco fatigoso as individualizar. Ainda no século XVIII afluíam vertigens diante do *speculum*: Instituições, Pandectas, Codex, Novelas, Livros Feudais, Estatutos, inúmeras glosas doutorais, sentenças. Também agora as identificações das normas resultam complexas onde os precedentes vinculam, nos limites da *ratio decidendi*. Para nós os Códigos simplificaram um pouco o trabalho: quem os tenha sob os olhos, com o conjunto de leis especiais, dispõe do *thesaurus* inteiro; mas aqui nascem as dificuldades. Ninguém, com os olhos abertos, crê mais na identidade texto-norma, ilusoriamente asseverada pelos iluministas devotos à “Loi” e relativa mitologia, ou às fábulas impostas pela *Ecole de l'exegèse* sobre

<sup>488</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 7-8.

<sup>489</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional...*, p. 169.

<sup>490</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito penal e processo penal...*, p. 48.

hermenêutica-ciência exata: de uma fórmula saem tantas normas quantas sejam as cabeças dissidentes; até que não sobrevenha um fato ab-rogativo, os textos se mantêm imóveis, mas o sentido muda e correlativamente variam as normas, no tempo e no espaço. (...). O texto é um fato gráfico. As normas são produtos mentais. Só a não entender isso pode ser que sejam alguns velhos magistrados inclinados a um protesto colérico. Não estamos postulando uma niilista equivalência das conclusões: desfilam tantas delas, classificáveis de vários modos: algumas soam bem, outras menos, uma gama do óbvio ao delirante; necessário que as coloquemos sob avaliação mas, sendo mais ou menos racionais, contam aquelas impostas pelos bancos judiciários.<sup>491</sup>

Com efeito, “a postura ideológica é fundamental em razão de o intérprete dizer aquilo que está na lei, que nada diz sem ele”<sup>492</sup>. É certo que o *texto* (fato gráfico) e a *regra* (critério decisório de conteúdo da lei) não aprisionam o sentido da *norma* (produto da interpretação)<sup>493</sup>; porém, adverte-se: com isso não se quer sustentar que se pode *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*<sup>494</sup>, pois,

O fato de serem possíveis várias interpretações dos textos legais, ou seja, de serem possíveis diferentes sentidos normativos a partir do texto legal, não serve de argumento para impedir que o ato judicial deva verificar sua consistência, no sentido de que estaria apto a oferecer um número maior de

---

<sup>491</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale...*, p. 17-18: [Tradução livre do original: “I ferri del mestiere giuridico sono le norme. In altri tempi non era fatica da poco individuarle. Ancora nel XVIII secolo vengolo le vertigini allo speculum.: Istituzioni, Pandette, Codex, Novelli, Libri Feudorum, Statuti, innumerevoli autorità dottorali, sentenze. Anche adesso le riconoscizioni normative risultano complesse dove i precedenti vincolino, nei limiti della ratio decidendi. Da noi i codici hanno alquanto semplificato l'affare: chi li abbia sott'occhio, con il corredo delle leggi speciali, dispone dell'intero thesaurus; ma qui nascono le difficoltà. Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all'identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla “Lei” e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall'Ecole de l'exegèse sull'ermeneutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quanto sono le teste dissidenti; finché non sopravvenga un fatto abrogativo, i testi durano immobili ma i senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio. (...). Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali. I soli a non capirlo può darsi alcuni vecchi magistrati inclini alla protesta collerica. Non stiamo postulando una nichilistica equivalenza della conclusioni: ne sfilano tante, variamente classificabili: alcune suonano bene, altre meno, in una gamma dall'ovvio al delirante; bisogna che passiamo al vaglio ma, più o meno ragionevoli, contano quelle imposte dai banchi guidiziari”].

<sup>492</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de direito penal e processo penal...*, p. 47-48.

<sup>493</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei...*, p. 230.

<sup>494</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei...*, p. 230: “(...) livre para criar – não qualquer coisa, porém – pode o intérprete assim o fazer sem culpa, algo que sempre foi extremamente problemático porque, como se sabe, nem sempre os argumentos retóricos socorriam os exegetas, por ignorância ou pouco domínio da língua, embora a força criativa pudesse produzir efeitos nefastos como a morte no cárcere, para tudo ser atribuído, salvo as raras exceções, ao *error in iudicando*”; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 216-217: “Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem uma ‘existência autônoma’)”.



respostas do que as teorias fático-jurídicas das partes (teorias que tiveram sido eventualmente descartadas).<sup>495</sup>

E mais: é imperioso delimitar(mo-nos) (n)o correlato local da fala, pois como explica Enrique DUSSEL, “não temos apenas leitores perante textos; temos muito mais famintos perante o *não-tem-pão* (quando foram eles mesmos que produziram esse mesmo “pão”). Alguém já disse: “Tive fome e me destes de comer!”, como critério absoluto para toda ética possível”<sup>496</sup>. Vez mais, destaca-se a importância da *filosofia da libertação* e o critério *ético material vida, condições de produção, reprodução e desenvolvimento*, como princípio ético a orientar o intérprete.

Além disso, o estudo dos sujeitos processuais deve passar pela leitura da psicanálise, (re)conhecendo-os também como *sujeitos (processuais) do desejo*<sup>497</sup>. Como observa Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, a partir da filosofia da linguagem, produziram-se novas aberturas ao Direito, sendo, talvez a mais significativa dentre elas, a relação com a Psicanálise: “nesse espaço retirado das amarras absolutas da relação sujeito-objeto, o Direito ganha o seu lugar de ‘linguagem’ e as ‘palavras’ nele usadas *não só dizem coisas como deixam de dizer*. Com isso, ele ganha uma *nova dimensão* e uma *abertura para além de uma escuta impossível: a de ouvir a voz que vem de mais além, do Outro*”.<sup>498</sup>

Aqui a importância do *retorno a FREUD* conforme LACAN, através da leitura linguística do edifício da Psicanálise, condensada no que seja, talvez, a sua fórmula mais conhecida<sup>499</sup>: “O inconsciente é estruturado como uma linguagem”<sup>500</sup>. LACAN procurou *decifrar* o sujeito a partir de *outra cena*<sup>501</sup> como um ponto de convergência entre um corpo, uma linguagem e uma história, ou seja, entrelaçado em uma tríade de registros: o *Real*, como “aquilo que subsiste a toda simbolização, distinguindo-se,

<sup>495</sup> LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise...*, p. 152.

<sup>496</sup> DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação*. Crítica à ideologia da exclusão. 3ª. ed. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 2005, p. 42.

<sup>497</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise?*..., p. 82: “O sujeito da Psicanálise, esse sujeito barrado, cindido do nível do eu pelo processo de recalque, é o sujeito inconsciente, o sujeito do desejo”.

<sup>498</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema inquisitório e o processo em “O Mercador de Veneza” In: \_\_\_\_\_. *Direito e psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 159.

<sup>499</sup> ŽIŽEK, Slavoj, *Para ler Lacan*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 9.

<sup>500</sup> LACAN, Jacques. *O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, (Livro 11), p. 27.

<sup>501</sup> Leciona GARCIA-ROZA que “a concepção freudiana do homem não opõe, no interior do mesmo indivíduo, o caos do inconsciente à ordem do consciente, mas sim duas ordens distintas. Aquilo a que ele se propõe é precisamente explicitar a lógica do inconsciente e o desejo que a anima (GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente...*, p. 24).

portanto, da realidade externa”; o *Simbólico* que é “a rede de significantes que constitui a própria linguagem”; e o *Imaginário* constituindo “o sistema dos *sentidos cristalizados*, que anima a vida subjetiva do ser falante”.<sup>502</sup>

A constituição não escrita da sociedade no nível *Simbólico* dirige e controla todos os atos do ser falante, conforme o que LACAN denominou “grande Outro” (tesouro de significantes) ou “A”, pois “quando falamos (ou quando ouvimos) nunca interagimos simplesmente com outros; nossa atividade de fala é fundada em nossa aceitação e dependência de uma complexa rede de regras e outros tipos de pressupostos”<sup>503</sup>. Sendo assim, “esse Outro não é aberto e não há aí nenhum saber Todo, definitivo, e nem ‘alguém’ aí que definitivamente saiba. Esse Outro como lugar da verdade (...) é justamente a verdade da falta de um saber absoluto, o qual leva o homem a ter que produzir saber sempre parcial, sempre relativo, sempre superável, sempre substituível”.<sup>504</sup> Aí está a razão pela qual, “em Lacan, o sujeito constitui-se entre *significantes*, como *pura diferença*. O significante, então, remete a outro significante; e assim sucessivamente, em uma cadeia”.<sup>505</sup>

Isso implica reconhecer que o *significante* e o *significado* não são paralelos, nem homólogos, nem isomorfos: *o significante não está aí a serviço do significado* para que se possa dizer as coisas que se têm em mente, do modo como se quer dizê-las, pois sempre há um *intervalo* entre o *falar* e o *querer dizer*. Desse modo, *o significado é um efeito do significante*, sendo que os efeitos vêm à tona pelas permutações, pelos *jogos do significante*: o *sentido* aparece, fundamentalmente, pela *substituição de um significante por outro*<sup>506</sup>, num *deslizar*: a cadeia significante se constitui, na sua relação com o significado, conforme dois eixos fundamentais:

---

<sup>502</sup> PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 156. Explica ŽIŽEK que “essa tríade pode ser precisamente ilustrada pelo jogo de xadrez. As regras que temos que seguir para jogar são sua dimensão simbólica: do ponto de vista simbólico puramente formal, “cavalo” é definido apenas pelos movimentos que essa figura pode fazer. Esse nível é claramente diferente do imaginário, a saber, o modo como as diferentes peças são moldadas e caracterizadas por seus nomes (rei, rainha, cavalo), e é fácil imaginar um jogo com as mesmas regras, mas com um imaginário diferente, em que esta figura seria chamada de ‘mensageiro’ ou ‘corredor’, ou de qualquer outro nome. Por fim, o real é toda série complexa de circunstâncias contingentes que afetam o curso do jogo: a inteligência dos jogadores, os acontecimentos imprevisíveis que podem confundir um jogador ou encerrar imediatamente o jogo” (ŽIŽEK, Slavoj, *Para ler Lacan...*, p. 16-17).

<sup>503</sup> ŽIŽEK, Slavoj, *Para ler Lacan...*, p. 17.

<sup>504</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. Direito e neoliberalismo: Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 44.

<sup>505</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal...*, p. 43-44.

<sup>506</sup> MILLER, Jacques-Alain. *Percursos de Lacan. Uma introdução*. Trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, p. 31.

um, no plano horizontal, das relações de contiguidade e, outro, no plano vertical, das relações de similaridade. A *metáfora* e a *metonímia* representam, respectivamente, a forma condensada desses processos. De acordo com Agostinho Ramalho

MARQUES NETO

(...) a ordem própria do sujeito lacaniano do inconsciente é a ordem simbólica. Seu registro é do simbólico. Isso quer dizer, em Lacan, que o sujeito se constitui numa cadeia de significante, como efeito de significação. O sujeito entre significantes, no intervalo entre S1 e S2, nada tem de substancial. O que não quer dizer, que não tenha sua ordem própria de existência. Ordem que, como ensina Lacan, é menos ontológica do que pulsional, libidinal, desejante (...). Ele existe enquanto sujeito barrado, portador de uma clivagem que lhe é de essência e que é determinada pela sua própria situação *intervalar* entre significantes, de cujo deslizamento na cadeia ele é efeito, e também por sua inserção nas malhas de uma ordem simbólica (o grande Outro, como diz Lacan) que, por seu turno, é uma ordem “furada”, no sentido de não possuir um significante último, que feche o conjunto assegurando-lhe uma consistência plena.<sup>507</sup>

Além do mais, há que se constatar que – também no processo penal<sup>508</sup> - o Outro *já está aí* e interpela o sujeito; aliás, este passa a *ser-aí-no-mundo ab initio* no lugar do Outro<sup>509</sup>. Disso não se escapa:

(...) o sujeito é produto do discurso do Outro. Dizendo de outro modo: o sujeito é sujeitado ao Inconsciente e o Inconsciente se forja na relação com o Outro. Ao mencionarmos o Outro estamos nos referindo à interioridade simbólica que aguarda o sujeito antes mesmo que este venha ao mundo, a um patrimônio de linguagem, de tradição de histórias de lendas, de cultura, de família.<sup>510</sup>

Isso significa que, quando o ser humano vem ao mundo, encontra(-se) (n)um *já aí* preestabelecido, ou seja, nasce *falado*, inserido e perdido *na* e *pela* linguagem<sup>511</sup>, ou seja, “o sujeito, antes de poder articular um discurso próprio, constitui objeto das falas alheias, de um Outro; isso (o inconsciente) fala no indivíduo, mesmo que ele não escute, revelando que o homem é, antes de tudo, um ser determinado pela linguagem”.<sup>512</sup>

<sup>507</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise?*..., p. 84.

<sup>508</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema inquisitório e o processo em “O Mercador de Veneza”*..., p. 159-160: “Presente a *fala do inconsciente na fala do Direito* em face dela aparecer pela inexorável *criação normativa pelo intérprete*, abre-se um imenso campo para a *interlocução* e (por que não?) para a *interseção*, ou seja, a *presença do Outro para ser ouvido* – e referido - e desde os dois campos, *Direito e Psicanálise*”.

<sup>509</sup> LACAN, Jacques. *O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise* (Livro 11)..., p. 187.

<sup>510</sup> SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7.

<sup>511</sup> FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Trad. Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 22.

<sup>512</sup> PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei*..., p. 156.

Daí que “a psicanálise não vai colocar a questão do sujeito da verdade, mas da verdade do sujeito”<sup>513</sup>: em contraposição à unidade do sujeito – propugnada pelas posturas de *fundo metafísico* –, a psicanálise aponta para um sujeito *clivado*: “aquele que faz uso da palavra e diz ‘eu penso’, ‘eu sou’, e que é identificado por Lacan como sujeito do enunciado (ou sujeito do significado), e aquele outro, sujeito da enunciação (ou sujeito do significante), que se coloca como excêntrico em relação ao sujeito do enunciado”<sup>514</sup>. Portanto, “o sujeito não se confunde com o eu, não se confunde com o indivíduo, com sua inteligência, com sua excelência (*areté*). Sua posição em relação a tudo isso é de excentricidade”<sup>515</sup>. Em outras palavras, o *sujeito do enunciado* (sujeito social, portador do discurso manifesto) não é aquele que revela o *sujeito da enunciação* (*excêntrico* em relação ao sujeito do enunciado), mas aquele que produz o seu desconhecimento: este último não é expresso ou significado no enunciado, mas recalcado e inconsciente; sendo assim, “o *cogito* não é o lugar da verdade do sujeito, mas o lugar do seu desconhecimento”.<sup>516</sup>

Reconhecida a importância da psicanálise e a influência do *inconsciente* como um fator que condiciona a atuação dos sujeitos processuais, é preciso perceber que existem outros condicionantes a influir no jogo processual. Sendo assim, adere-se à tese de Alexandre Morais da ROSA que, enfrentando o problema da complexidade inerente da decisão penal, denuncia, além da força do *inconsciente* na sua determinação: a) os véus ideológicos que encobrem a visão de grande parte da doutrina; b) os ardis levados a efeito pela mídia e pelos prosélitos da doutrina neoliberal; c) as ciladas do *senso comum teórico dos juristas*; d) as incongruências da epistemologia semântica garantista, dentre demais condicionantes, concluindo que a verdade processual é fruto “de um mecanismo de ‘bricolage singular’, entendido, como em francês, como fazer o possível mesmo que o resultado não seja perfeito”.<sup>517</sup>

Sendo assim, tal como o *bricoler* – que executa seu trabalho sem um rígido plano prévio, utilizando-se do material disponível sem que se preocupe com o resultado final –, o juiz irá se guiar pelo recolhimento de todos os *significantes* produzidos pelas partes com pretensão de validade no procedimento em

<sup>513</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente...*, p. 23.

<sup>514</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente...*, p. 23.

<sup>515</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise?*..., p. 83.

<sup>516</sup> GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente...*, p. 23.

<sup>517</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 366.

contraditório, “alinhando-os somente ao final, no *ato decisório*, momento em que há interseção com sua *singularidade* e os respectivos condicionantes (inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos, dentre outros)”<sup>518</sup>. Explica Alexandre Morais da ROSA que:

(...) no *ato decisório*, é o *um-magistrado* que(m) monta, a partir das pretensões de validade enunciadas pelas partes (...), o que se chama de ‘verdade processual’, lançando mão das provas, dos *significantes* produzidos validamente, manejando a técnica de ‘bricolage jurídica’, ou seja, construindo com o que tem à mão, sem o pretendido controle racional total.

(...)

A ‘verdade processual’ acontece, então, do imbricamento do manancial de *significantes* arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, articulados com o *inconsciente* do *um-juiz* – que fala pela ‘boca’ dele *significantes* deslizados na cadeia por metonímia – nunca chegando à solidez da verdade real, por ser inefável, ficando-se com o *coágulo de sentido possível* no tempo e espaço. Diretamente: com os *significantes* produzidos desde a denúncia/queixa e apurados no decorrer da instrução e alegações, compete ao *um-magistrado* proferir motivadamente a decisão, explicitando, antes, a teoria e o método – sem um grande método – em que se fundamenta.<sup>519</sup>

Isso significa que não há uma Verdade (com “V” maiúsculo) a ser alcançada no processo penal, conforme as lições de CARNELLUTI:

A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem (...). Em síntese, a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o *todo* é demais para nós.<sup>520</sup>

Como a *reconstituição do fato pretérito-crime* no processo penal ocorre através da linguagem, deve-se levar em conta que há sempre algo que as palavras não expressam, pois, como explica LACAN: “digo sempre a verdade: não toda, porque dizê-la toda não se consegue. Dizê-la toda é impossível, materialmente: faltam as palavras. É justamente por esse impossível que a verdade provém do real”<sup>521</sup>. Com isso, por *faltar linguagem*, não se logra *reconstituir o todo-fato-pretérito-crime*; há sempre uma *dobra*, um *não dito*, um *mal-dito*, de modo que os

<sup>518</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 365.

<sup>519</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. 365-366.

<sup>520</sup> CARNELLUTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis*. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 09, jul./set. 1998 p. 606.

<sup>521</sup> LACAN, Jacques. *Televisão*. Versão brasileira: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 11.

sujeitos processuais devem se contentar com um *sentido possível*, na medida em que não há *metalinguagem salvadora*.<sup>522</sup>

É preciso, então, que o julgador atue sem a pretensão de controle totalmente racional e sem antecipar o julgamento, buscando primeiro *reconhecer* e, depois, tentar *limitar a lógica deforme* no processo decisório, sempre *desconfiando de si mesmo*, das suas *imagens*. Destaca-se, com isso, que o “*primado das hipóteses sobre os fatos*” não é algo afeto apenas ao *sistema inquisitório*, mas um mecanismo que se mostra como *marca* da civilização ocidental inteira, justamente porque compatível com o mero ato de pensar: decide-se primeiro para, após, buscar-se o fundamento da decisão<sup>523</sup>. E aí a razão pela qual a *lógica deforme* está propensa a atingir qualquer um – por óbvio, também os juízes (e não só os *inquisidores*), e não porque são juízes, mas porque são humanos, leciona Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO. Nessa balada:

(...) navegando com o pensamento para o futuro e para o passado, *tende-se a acreditar nas imagens produzidas pela razão*. É certo, não obstante, que tal crença não é definitiva e, assim, poder-se-ia dizer que admite prova em contrário, ou seja, pode-se voltar atrás da posição anteriormente tomada, mesmo porque, se assim não fosse, a imagem assumida se converteria em real e se estaria diante de uma psicose típica, a paranóia. Sem se poder descartar tal hipótese, a regra é que assim não seja e, por isso, Cordero, como se vê, fala em ‘*quadros mentais paranóicos*’. Em suma, *tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser*. Duvidoso, desde sempre, é acerto da decisão tomada pelas aparências. Esse *lugar*, sem embargo de iludir a muitos é, na análise estupenda de Lacan, por excelência, o lugar do engodo, da fraude, do engano, como não poderia deixar de ser.<sup>524</sup>

Por isso é deveras importante seja revisitada a noção de *contraditório* no processo penal, no sentido de tornar efetiva a participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento na via intersubjetiva, permitindo que as partes possam *abalar as crenças* (conscientes e inconscientes) do

<sup>522</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal...*, p. xxiii: “O que resta, assim, são *significantes*, sem metalinguagem e um *ato decisório*, o qual deve ser eticamente fundamentado (Dussel)”.

<sup>523</sup> Aqui, talvez, a força do *sistema inquisitório*: “Compreende-se, então, quão solitário e penoso (porque angustiante) é o labor do juiz, ciente de que deve chegar à *verdade* pelos caminhos que deve escolher. O crime (pecado) é dado histórico e à realidade apresenta-se multifário, razão pela qual, para reconstituí-lo – senão de forma absoluta (porque impossível), mas ao menos aceitável – seria conveniente e lógico verificar cada um dos seus aspectos, pelo menos os principais. A lógica deformada do sistema, porém, não o permite, *porque privilegia o mecanismo ‘natural’ do pensamento da civilização ocidental* (e aí o seu grande valor estratégico e, talvez, o motivo de sua manutenção até hoje), ou seja, a *lógica dedutiva*, que deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão pela qual *pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão*”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal...*, p. 25).

<sup>524</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...*, p. 12-13.

julgador, antes do provimento final. É curial, então, encarar com proeminência o papel das *partes* no processo penal, atribuindo-lhes a *gestão das provas*.<sup>525</sup>

Desta feita, a *teoria da relação jurídica* não se mostra, na atualidade, adequada ao suporte teórico do *processo*, pois “não se distinguiu, em suas bases fundamentais, das construções do direito privado do século passado, impregnadas das concepções individualistas da época”<sup>526</sup>, mas, principalmente, porque a concepção de processo que dela deriva é eminentemente *metafísica*: seus adeptos propugnam uma *essência universal do processo*, cuja manifestação extrínseca seria o *procedimento*<sup>527</sup>. Observa Rosemiro Pereira LEAL que, embora seus sequazes afirmem que:

(...) essa teoria se destacou por fazer a distinção entre **processo** e **procedimento**, o que dele se conclui é uma **confusão** tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o **procedimento** é a manifestação fenomênica do processo ou ‘meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve ou termina o processo’. Aqui, nesse conceito, nada se explica sobre a origem desse ‘meio’.

Agravam-se as tentativas de classificação de processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elocubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a **jurisdição** hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo processo. É portanto, o processo validador e disciplinador da **jurisdição** e não instrumento desta.<sup>528</sup>

Por outro lado, é notável o avanço promovido por GOLDSCHMIDT na formulação da *teoria da situação jurídica*, ao antever o caráter *dinâmico* do processo e desmitificar a ideia de relação processual, determinando que existe, no processo, não uma *relação*, mas uma *situação*, ou seja, “o estado de uma pessoa frente aos seus direitos, sob o ponto de vista de uma sentença judicial, que se espera com

<sup>525</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. I..., p. 255: “*Gestión del proceso*. Llamamos parte a la persona respecto a la cual se dictará una decisión”.

<sup>526</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*..., p. 74.

<sup>527</sup> Explica Marcelo CATTONI que “o processo jurisdicional é tradicionalmente definido pela doutrina como sendo *instrumento através do qual a jurisdição opera*. Seguindo um critério *teleológico*, a mesma doutrina distingue processo e procedimento em razão do primeiro ser, ao contrário do segundo, essencialmente teleológico e não meramente *forma*. Assim, processo seria o instrumento através do qual se exerce a jurisdição e procedimento seria a forma através da qual os atos e as fases processuais se sucedem”. (CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*..., p. 191).

<sup>528</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*..., p. 79.

fundamento nas normas jurídicas”<sup>529</sup>. Com isso, no processo penal, há *expectativas*, *possibilidade* e *cargas* das quais as partes deve se livrar para, desse modo, aproveitando as *chances* que daí surgem, aproximarem-se de um sentença favorável.

Partindo de GOLDSCHMIDT – seja no reconhecimento do *caráter dinâmico do processo*, seja na nítida aproximação do conceito de *posições subjetivas* das partes com o de *situação jurídica* –, FAZZALARI dá um passo adiante ao retrabalhar a noção de *procedimento* e de *processo*: invertendo a noção de *procedimento* – até então difundida como manifestação extrínseca do *processo* –, afirma que *procedimento* é *gênero* do qual é *espécie* o *processo*, demarcado pelo seu traço fundamental, o *contraditório*. Isso, tendo em mira os respectivos fundamentos de *gênero* e *espécie* na estrutura determinada pelas regras jurídicas. E aí reside o radical câmbio de enfoque na noção de *processo* que, encarado a partir da ideia de *procedimento realizado em contraditório*, passa da preponderância das relações entre os sujeitos processuais, para as respectivas *posições subjetivas* obtidas por meio do ato de *interpretação*: o *direito subjetivo* é entendido a partir da criação da *norma* pelo *sujeito-processual-intérprete*, conforme o comportamento indicado por uma *regra* jurídica, o qual o coloca numa posição de *vantagem* pelo exercício de uma *faculdade* ou de um *poder*<sup>530</sup>. Portanto não se trata mais do poder de uma parte sobre a conduta da parte adversa ou do julgador sobre as partes (como proposto pela *teoria da relação jurídica*), senão dos efeitos processuais do ato de *interpretação* de uma *regra*, que determinará o cumprimento de uma atividade pelo sujeito; atividade essa que dependerá da interpretação de outra *regra* da série até aquela reguladora do *ato final*.

Com isso, “a sentença (provimento) não é, nessa teoria, um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes”<sup>531</sup>. É justamente por isso que a *teoria do processo como procedimento em contraditório* permitiu que se saltasse “de uma subjetividade apofântica milenar para uma concepção processual expressa numa *relação espaço-temporal internormativa* como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e

<sup>529</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Vol. II..., p. 78.

<sup>530</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 83-84:

<sup>531</sup> LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo...*, p. 83.



instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão)”<sup>532</sup>. Entretanto, não se pode olvidar que aí a psicanálise é fundamental:

(...) por um lado porque denuncia como impossível qualquer atribuição prévia de sentido às palavras resultantes do ato interpretativo, como já se disse, por força das metáforas e metonímias; as palavras não dizem aquilo que aparentam dizer e sobre elas o intérprete nada sabe; e não quer saber, por sinal. Por outro aspecto, o conhecimento da teoria psicanalítica – e da terapêutica, se for o caso – permite um maior domínio do sujeito e, assim, pode ser que propicie a sublimação.<sup>533</sup>

Nesse passo, sempre *desconfiando* das suas *imagens*, guiando-se pela necessária intermediação dos destinatários do ato final no *procedimento em contraditório*, operando uma  *fusão de horizontes* resultante da relação *sujeito-sujeito*, tendo em mira, ainda, a *epistemologia garantista* conjugada ao *critério ético-material* e ciente de que o seu inconsciente *esta aí e fala pela sua boca*, o juiz deverá talhar a decisão sem um plano prévio de trabalho (*bricolage*). Tudo isso, pressupondo a estrutura demarcada pelo processo penal acusatório, talvez possibilite a aproximação de um processo penal verdadeiramente democrático.

---

<sup>532</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 15.

<sup>533</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei...*, p. 230.

## CONCLUSÃO

1) Partindo da concepção kantiana, compreende-se por *sistema* a unidade dos conhecimentos múltiplos sob uma ideia, o que remete à ideia de *princípio unificador*, elemento linguístico com elevado grau de abstração – que possibilita a explicação de estruturas complexas.

2) Na civilização ocidental são conhecidos historicamente apenas dois sistemas processuais penais: o *sistema acusatório*, regido pelo *princípio dispositivo* e o *sistema inquisitório*, regido pelo *princípio inquisitivo*.

3) A concepção que gira em torno do critério para distinguir o *sistema acusatório* do *sistema inquisitório* pela inicial separação entre as atividades de acusar e julgar cai por terra com o estudo das *Ordonnance Criminelle* de 26 de agosto de 1670, do Rei Luis XIV da França, que instaurou um processo de partes, prevendo o exercício da ação a um órgão distinto do juiz – o Ministério Público –, ao mesmo tempo em que manteve a estrutura inquisitorial típica do processo penal canônico do medievo, estabelecendo, inclusive, o emprego da tortura. Sendo assim, visível antigamente, esse critério já não faz sentido hoje, sendo sustentado tão somente para confundir os incautos, embora possa ser útil como elemento distintivo *secundário*.

4) O critério apto a distinguir o sistema acusatório do sistema inquisitório é o *critério da gestão da prova*. No *sistema acusatório* a *gestão probatória* pertence às partes; já no *sistema inquisitório*, a *gestão probatória* pertence ao juiz.

3) É equivocado conceber o *sistema misto*, *napoleônico* ou *reformado* como *terceiro sistema*, recepcionado ao lado dos sistemas *acusatório* e *inquisitório*, na medida em que *não possui um princípio unificador próprio*. Hoje, os sistemas processuais penais não mais possuem a forma pura, como conhecidos historicamente; sendo assim, o fato de serem adjetivados como *mistos* implica que, ou são *essencialmente acusatórios*, com elementos *secundários* provenientes do sistema inquisitório, ou são *essencialmente inquisitórios*, com alguns traços característicos *secundários* tomados emprestados do sistema acusatório.

4) Para a devida compreensão do processo como tarefa democrática inarredável é preciso situá-lo como parte da *trilogia estrutural do direito processual penal* (ação, jurisdição e processo), compreendendo os paradigmas teóricos que buscaram empreender a sua explicação a partir do campo jurídico, conforme as

teorias mais difundidas: a *teoria da relação jurídica*, a *teoria da situação jurídica* e a *teoria do processo como procedimento em contraditório*.

5) Desde o estabelecimento do direito processual como ramo autônomo do direito, agregou-se o desenvolvimento do estatuto teórico (também autônomo) das diversas disciplinas processuais, de modo que, à liberdade das amarras do direito material, hoje, é necessário se propugnar pela liberdade de uma pretendida *teoria unitária do processo*, que não dá conta da reunião das diversas disciplinas em torno de um tronco comum, havendo, na verdade, uma *colonialização* do Direito Processual Civil em relação aos demais ramos do direito processual, sem embargo das terminologias, em várias passagens, confundirem-se.

6) Além da constatação dos obstáculos que a *teoria geral do processo* impõe à construção de categorias jurídicas próprias do Direito Processual Penal, é mister, em busca de um processo penal democrático, opor-se àquelas ideias ligadas à *escola instrumentalista do processo*, buscando nele – processo – *escopos metajurídicos*, conforme uma concepção *publicista*, mas que, na verdade, adere ao sistema processual *inquisitório* pela legitimação dos poderes instrutórios do juiz, servindo na medida aos *ideários neoliberais* – embora escamoteada sob o manto de implementação do Estado de Bem-Estar Social. O *Super Juiz* delineado pela *escola instrumentalista* – que agiria de forma *solipsista*, conforme os seus *critérios de bondade das soluções* – abre enorme espaço ao *Poder Judiciário policialesco*, ao ativismo judicial, ao decisionismo penal e ao subjetivismo inquisitivo.

7) Como propostas de resistência, aponta-se a articulação do *garantismo penal*, que propugna pela radicalização democrática de um sistema que consolide os direitos fundamentais dos indivíduos, em contraposição ao poder estatal, conforme o modelo de Estado Democrático de Direito, ao lado do princípio material universal *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana* como ponto de partida, o antes de tudo. Dessa forma, os *direitos fundamentais* devem ser articulados e ordenados em torno deste *princípio universal produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*, objetivando a contraposição a qualquer outro parâmetro de hierarquia que não atenda às questões de factibilidade da vida concreta e imediata das pessoas.

8) É necessário, também, a desmitificação da posição que gira em torno da possibilidade de um *sentido totalitário*, que ainda rege a postura dos juristas, com especial ênfase no modo como os sujeitos processuais ainda são tratados pela

doutrina tradicional, a partir das *posições de fundo metafísico*, conforme a *relação sujeito-objeto*, que *coisifica* as formas de vida e relacionamentos e trata a linguagem como coisa interposta entre o sujeito e objeto, como um mero utensílio, na medida em que serve de veículo condutor na busca de *essências*.

9) O campo jurídico não mais pode permanecer refratário ao câmbio do *paradigma filosófico da consciência* para o *paradigma filosófico da linguagem* (*linguistic turn*), que representa a passagem da linguagem como condição de simples objeto da reflexão para *fundamento de todo pensar*. É imperioso se promova, portanto, uma (re)leitura do Direito – e, por evidente, do Direito Processual Penal – a partir do *linguist turn*, que reconhece a singularidade do ser humano na linguagem: a relação aí não é mais *sujeito-objeto*, porém *sujeito-sujeito*. Vez mais, adquire importância a *filosofia da libertação* e o critério *ético material vida, condições de produção, reprodução e desenvolvimento*, como princípio ético a orientar o intérprete.

10) Além disso, a partir da filosofia da linguagem, produziram-se novas aberturas ao Direito, sendo, quiçá a mais relevante dentre elas, a relação com a Psicanálise: o estudo dos sujeitos processuais deve passar pela leitura da psicanálise, (re)conhecendo-os também como *sujeitos* (processuais) *do desejo*: o *inconsciente* é um fator que condiciona a atuação dos sujeitos processuais.

11) Enfim, aponta-se na direção da *teoria do processo como procedimento* em contraditório como um passo adiante no fundamento teórico do processo, ao mesmo tempo em que há a necessidade de uma ruptura estrutural do processo penal brasileiro – e de uma correlata *mudança de mentalidade* dos juristas –, em direção ao sistema processual penal acusatório e ao abandono das posturas de *fundo metafísicas*: a *gestão das provas* deve ser confiada às partes (e tão só a elas) no *procedimento em contraditório*, conformando-se as regras de reconstituição do *fato pretérito crime* aos Direitos Fundamentais positivados na Constituição da República e nos tratados e convenções internacionais, momento em que possui grande valia a *epistemologia garantista*, articulada com o *critério ético material*. E, além disso, a radicalização hermenêutica, também conjugada ao princípio ético-material, determina que o juiz atue de maneira a *desconfiar das suas imagens*, atento aos perigos que suas antecipações de sentido podem ocasionar ou ainda das peças que seu *inconsciente* pode pregar no momento em que ditará a decisão de acerto do caso penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso. In: \_\_\_\_\_. *Estudios de teoría e historia del proceso*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 04-33.

\_\_\_\_\_. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Contribución al estudio de los fines del proceso. México: UNAM, 2000.

ALESSI, Giorgia. *Il processo penale*. Profilo storico. 8ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2009.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALSINA, Hugo. *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*. Vol. I (Parte General). 2ª. ed. Ediar: Buenos Aires, 1956.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 49-72.

APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. Filosofia analítica, semiótica e hermenêutica. Vol. I. 2ª ed. Trad. Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2005.

\_\_\_\_\_. *Transformação da filosofia*. O a priori da comunidade de comunicação. Vol. II. Trad. Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. 2ª ed. Madrid: EDESA, 1997.

ARENHART, Bianca Georgia da Cruz. O processo penal à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 191-239.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BARREIROS, José António. *Processo penal*. Lisboa: Almedina, 1981.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, a. II, n. 11, p. 118-145, gennaio/marzo 1952.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Law of England*. Chicago: The University Chicago Press, 1992 (4 vol.).

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73-108.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e normalização penal*. Florianópolis: Conceito, 2010.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El Foro, 2008.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale* Padova, Cedam, v. V, p. 23-51, 1950.

\_\_\_\_\_. Il processo come situazione giuridica. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, v. IV, p. 219-226, 1927.

\_\_\_\_\_. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, v. VI, n. 1, p. 1-8, 1951

CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo, n.º 102, p. 55-67, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4ª ed. Tradução A, Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian: 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: \_\_\_\_\_. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 14-21.

\_\_\_\_\_. Verdade, dúvida e certeza. *Genesis*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 09, p. 606-609, jul./set. 1998.

CARVALHO, Salo de. As feridas narcísicas do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.

\_\_\_\_\_. Garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: aportes iniciais. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*, Belo Horizonte, n. 07, p. 127-148, 2009.

\_\_\_\_\_. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios del derecho procesal civil*. Vol. I. Trad. José Casáis Santaló. Madrid: Reus, 1922.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.



\_\_\_\_\_. La riforma dell'istruzione penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, fasc. 3., p. 714-725, luglio-settembre 1963.

\_\_\_\_\_. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000 (2 vol).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

\_\_\_\_\_. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p 139-147.

\_\_\_\_\_. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de estudos criminais*. Sapucaia do Sul, nº 14, p. 77-94, 2004.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Sapucaia do Sul, n.º 01, p.26-51, 2001.

\_\_\_\_\_. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: *Direito e neoliberalismo: Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 39-77

\_\_\_\_\_. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. *Revista de estudos criminais*, Sapucaia do Sul, n.º 10, p. 47-60, 2003.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In:\_\_\_\_\_. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-17.

\_\_\_\_\_. Sistema inquisitório e o processo em “O Mercador de Veneza” In: \_\_\_\_\_. *Direito e psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155-177.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito penal e processo penal* (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

\_\_\_\_\_. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 4ª ed. Tradução. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Col. Os Pensadores).

DEVRIES, Kelly; DOUGHERTY, Martin; DICKIE, Iain; JUSTICE, Phyllis G.; JOGENSEN, Christer. *Batalhas medievais 1000-1500*. Conflitos que marcaram uma época e mudaram a História do Mundo. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Amber Books, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 3ª. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Filosofia da libertação*. Crítica à ideologia da exclusão. 3ª. ed. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 2005.

ECO, Umberto. *O nome da rosa*. 2ª ed. Trad. Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2010.

FAIRÉN-GUILLÉN, Victor. *Teoría general del derecho procesal*. México: UNAM, 1992.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. XII, v. 2, p. 861-880, 1958.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, v. XX, p. 10-30, 1965.

\_\_\_\_\_. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FENECH, Miguel. Ad § 7. In: BELING, Ernest. *Derecho procesal penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1943.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. 5ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibañes, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México: UNAM, 2005, p. 87-108.

\_\_\_\_\_. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. 2ª ed. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Trad. Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 25ª. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol I. 9ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes 2008.

\_\_\_\_\_. *Verdade e método*. Complementos e índices. 3ª ed. Vol. II. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2007.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*. A escola do mundo ao avesso. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Palavra e verdade: na filosofia antiga e na psicanálise*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. Curitiba, 2008. 201f. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5ª ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Vol. I (Problemas fundamentales del derecho). Trad. Miguel Ángel Cano Panos, Christian Celdrán Kuhl, León García-Comendador Alonso; Jacobo López Barja de Quiroga, Juan Delgado Cánovas, León García-Comendador Alonso, Mónica Tirado Pablos. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

\_\_\_\_\_. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Labor, 1936.

\_\_\_\_\_. *Principios generales del proceso*. Vol. I (Teoría general del proceso). Buenos Aires: EJE, 1961.

\_\_\_\_\_. *Principios generales del proceso*. Vol. II (Problemas jurídicos y políticos del proceso penal). Buenos Aires: EJE, 1961.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, n.º 27, p. 71-79, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria geral do processo: em que sentido? In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 212-227.

HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. Curitiba, 2010, 330f. Tese (doutorado). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. Os sistemas de avaliação de prova e o processo penal brasileiro. *Revista da faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 39, n. 0, p. 109-123, 2003.

HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985 (3 Volumes).

\_\_\_\_\_. *O caminho para a servidão*. Trad. Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 3ª ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008.

HÉLIE, Faustin. *Traité d'instruction criminelle ou theorie du Code d'Intruction Criminelle*. Vol. I. Paris: Charles Hingray, 1845.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. Trad. Lorena Bachmaier Winter. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 135-160.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Coleção Os Pensadores).

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2ª ed. Trad. António Ulisse Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

LACAN, Jacques. *Nomes-do-Pai*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. *O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, (Livro 11).

\_\_\_\_\_. *Televisão*. Versão brasileira: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

\_\_\_\_\_. *O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais*. No direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite*. Ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*. Ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Menezes e Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. Trad. Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1954.

LIMA, Abili Lázaro de Castro. Globalização econômica e a crise dos Estados Nacionais. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 151-161.

LINK, Luther. *O diabo*. A máscara sem rosto. Trad. Laura Teixeira Motta São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

LOPES JR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139-177.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 1. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.

MARCELLINO JR, Julio Cesar. *O princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.



MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sujeitos coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise? *Revista de direito alternativo*, São Paulo, n.º 03, p. 79-92, 1994.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MILLER, Jacques-Alain. *Percurso de Lacan*. Uma introdução. Trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas 2007.

NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale*. Lezioni agli studenti. Bologna: CLUEB, 1989.

NOVINSKY, Anita. *A inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. 7ª. ed. Madrid: Artes Graficas y Ediciones, 1972.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1982.

PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*. 4ª ed. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

\_\_\_\_\_. *Garantismo jurídico e controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Prefácio do sentido. In: MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 15-18.

\_\_\_\_\_; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUBIO, David Sánches. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Trad. Mouzar Bedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. Curitiba, 2008. 203f. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná.

SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale*. Dall'ordalia all'inquisizione. Rubbettino: Catanzaro, 1999.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (e)m crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVAREZ, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. *Ciências penais*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n.º 00, p. 127-142, 2004.

THOMÉ, Laura Maria Silva. *Da ortodoxia à heresia*. Os valdenses (1170-1215). Curitiba, 2004. 192f. Dissertação (Mestrado). Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes - Universidade Federal do Paraná.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 1. 33ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2003.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WINDSCHEID, Bernard; MÜTER, Theodor. *Polémica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas*. 4ª ed. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj, *Para ler Lacan*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.